

---

## 比較法学者たちの饗宴(3)

——法系・法族・法伝統・法移植——

貝 瀬 幸 雄

---

Lawyers are professionary parochial, limited by their national legal systems that stop at the border. Comparative Law is our effort to be cosmopolitan.

——John Henry Merryman, *The Loneliness of the Comparative Lawyer* (1999) 10

Hence, a contemporary macro-comparatist is pretty much like a pianist who knows that his instrument is out of tune but still keeps playing it.

——Jaakko Husa, *Classification of Legal Families Today Is It Time for A Memorial Hymn?* (2004 R. I. D. C. 11, 15)

One of my objects in this book has been to show real resemblances under an appearance of diversity.

——Philip Gilbert Hamerton, *French and English A Comparison* (1891) xi

日本の文化は根本から雑種である、という事実を直視して、それを踏まえることを避け、観念的にそれを純粹化しようとする運動は、近代主義にせよ国家主義にせよいずれ枝葉のかり込み作業以上のものではない。いずれにしてもその動機は純粹種に対する劣等感であり、およそ何事につけても劣等感から出発してほんとうの問題を捉えることはできないのである。ほんとうの問題は、文化の雑種性そのものに積極的な意味をみとめ、それをそのまま活かしてゆくときにどういう可能

性があるかということであろう。

——加藤周一「日本文化の雑種性」(1955年)

## 目 次

1. 序論——古典的法系・法族論の意義
2. ルネ・ダヴィッドの法族論と歴史記述
3. 新たなアプローチ——法伝統論を中心に
4. 法の継受と移植 (transplants)
5. 混合法論
6. 結 語

本稿は、連作「比較法学者たちの饗宴」の一部として、世界比較法学史、比較法学入門に続き、法系論・法族論・法伝統論・法継受論の状況を『オックスフォード比較法ハンドブック』(2006年)所収の諸論稿の紹介を中心に明らかにしようとするところみである。あくまでも「比較法原論」講義のための素材にとどまり、本格的な法族論を展開するものではないことをお断りしておく。混合法論およびグローバル比較法論は伝統的比較法学のフロンティアであり、本稿での叙述はまったく不十分である。

## 1. 序論——古典的法系・法族論の意義

法系(法システム)論・法族論(法圏論ともいう)とは、世界の諸法秩序を比較的少数の「法系・法族」に分類するための理論であって、マクロ比較法の中核を占め、以下のような効用を有すると説かれる<sup>1)</sup>。

第1に、対象選択のレベルでの効用が認められる。すなわち、各法系を代表する法秩序(母法秩序)を選び、研究をそれのみに限定することによって、比較研究が容易となる。特定の法制度ないしその機能に関するミクロの比較おい

---

1) 五十嵐清・比較法ハンドブック〔第2版〕(2015年)185-186頁。各概念につき、滝沢正・比較法(2009年)56-57頁。

ても、同様の効用が認められる<sup>2)</sup>。

第2に、外国実定法の内容の理解を容易にする。法系・法族論における当該外国法の位置づけを知ることにより、その国の法の内容を大きく誤解しないですむし(判例法主義、宗教法の国など)、法制度の理念型をなす法を明らかにすることで、特定の法系・法族に属する諸国の法の特徴を容易に把握できるようになる<sup>3)</sup>。

第3に、多数の外国法間の歴史的関係を明らかにする法的遺伝学(legal genetics)として機能しうる<sup>4)</sup>。

第4に、深い外国法研究のできない学生に対し“general view”を提供するという教育的価値がある<sup>5)</sup>。

第5に、法律家に対してグローバルな視点を育み、法思考に寄与する(自国中心主義からの解放)。そもそも、「法のグローバルな地図を描こうという認識上の要求が、明らかに(法系・法族論を)駆り立てる力(motivational force)であった。今日においてすら、ミクロのレベルの複雑さを越えようとする強い衝動と、法をグローバルな現象として理解しようとする欲求とがみられる」<sup>6)</sup>。

しかしながら、法系・法族概念は、法系・法族の正確な経験的記述ではなく、深い比較研究のための大ざっぱな第1歩を提供する分析枠組(analytical structure)にとどまることに注意する必要がある<sup>7)</sup>。

法系・法族論に対する主要な批判をフサ(Husa)の研究によりつつここで整理しておこう。

第1に、法系・法族論は過度に西欧中心であり、文化的に狭すぎる。法史学・法社会学・人類学との協力は進んでおらず、これが法文化論・法伝統論か

2) 五十嵐・前注1) 186頁、大木雅夫・比較法講義(1992年) 94-95頁、ツヴァイゲルト／ケッツ(大木雅夫訳)・比較法概論 原論 (上)(1974年) 61頁。

3) 滝沢・前注1) 57頁。

4) Husa, Legal Families, in : J. M. Smits (ed.), Elgar Encyclopedia of Comparative Law (2006), at 384.

5) Husa, Id., 385 ; David/Brieley, Major Legal Systems in the World Today (3rd ed., 1985), at 21.

6) Husa, Id., at 383. 滝沢・前注1) 58頁は、「法思考への寄与」と表現する。

7) Husa, Id., at 384.

らの挑戦に対して十分に対応できない一因となっている<sup>8)</sup>。

第2に、法系・法族論は私法中心であり、比較公法学からの法系・法族論が必要である<sup>9)</sup>。

第3に、従来の分類の大枠すら動揺している。すなわち、法系・法族論の内部において、ローマ・ゲルマン法族、コモン・ロー族と並ぶ「第3法族」(third legal family)として混合(混血)法システム・混合法族(mixed legal systems)を位置づける見解(Palmer)が登場してきている<sup>10)</sup>。

第4に、法系・法族の分類が可能であるとしても、いかなる基準で分類するかに応じて多様な法系・法族論が生まれ、優劣がつけにくい<sup>11)</sup>。

第5に、個別の国ごとの比較、エリアごとの比較の方が、比較目的にとって有益である(シュレージンガーの指摘<sup>12)</sup>)。「英米法系の学者は総じて〔法系・法族論について〕懐疑的である。ヨーロッパ大陸では法発展にローマ法以来の伝統を有し、それが域内でまた世界にどのように伝播していったかについて関心が高い。また制定法主義が大陸法の継受を容易にし、かつ各国法のつながりを認識しやすくしている」、とも論ぜられている<sup>13)</sup>。

以上のような批判はあるが、法系・法族論以上に機能するアプローチはいまだ提唱されておらず、比較法学者がこれを放棄する見込みはない、とフサ(Husa)は評価する<sup>14)</sup>(グレン〔Glenn〕の法伝統論による根本的批判については、後述する)。わが国において最も高水準の法系・法族論を展開した五十嵐清は、「少なくとも当分のあいだは、法系論はヨーロッパを中心として、トーンを落としながらも存続し、とくに教育面で多大の役割を果たし続けるであろう。そして内容的にも、多くの批判をふまえて改善の方向に向かうであろう。ただ前世紀の後半に見られたような大きな比較法は、しだいに姿を消すのではない

8) Husa, Id., at 389.

9) Husa, Id., at 390.

10) Husa, Ibid.

11) 滝沢・前注1) 59頁。

12) 五十嵐・比較法入門(1968年) 79頁・注(1)。

13) 滝沢・前注1) 59頁。

14) Husa, supra note 4, at 384, 390.

か」と展望しつつ、「法制度の面では大陸法と共通のものをもつが、法文化の点では独自」な東アジア法系（少なくとも、中国・台湾・韓国・日本から構成される）を提唱している（地理的近接性・儒教文化圏・漢字文化圏がその共通の文化的要素である）<sup>15)</sup>。

## 2. ルネ・ダヴィッドの法族論と歴史記述

(1) 多彩な法系論・法族論の中でも、過去 40 年にわたって比較法学の基礎となり、版を重ねて諸外国語に翻訳されることによって学問的影響力をますます強め、今日においても暗黙のうちにパラダイムとしての性質を有するとされるのが、ルネ・ダヴィッドとツヴァイゲルト／ケッツの法系・法族論である<sup>16)</sup>。本稿では、ダヴィッドの名著『世界の主要法体系（法システム）』（初版は 1964 年）の法族論（自らの分類学に応じた各法族の詳細な記述に成功した好例）の中でも、ローマ＝ゲルマン法族の部分を、広く普及した英語版第 3 版（1985 年）によって紹介しよう<sup>17)</sup>。

ダヴィッドは、多様な現代法の理解を容易にすることが同書の目的であるとする<sup>18)</sup>。ダヴィッドによれば、各国法はひとつのシステムを形成しており、立法者も、われわれの言語や推論・思考過程を変えることができないのと同様に、法規や法概念によって組織された構造、文明や思考様式と密接に結びついた法における恒常的要素（constant elements in law）を恣意的に変更することはできない<sup>19)</sup>。法族の分類基準となるのは、こうした恒常的要素、すなわち①テクニカル法技術的観点（各国法のボキャブラリー〔それが表わす概念〕、法源のヒエラルヒー、方法の異同）および②法の基礎となる哲学的・政治的・経済的諸原理（な

15) 五十嵐・前注 1) 258-261, 306 頁。

16) Husa, *supra* note 4, at 386.

17) ダヴィッドの著書の英語版は、前注 5) 参照。法系論・法族論の学説史は、五十嵐・前注 1) 187 頁以下、同・比較法学の歴史と理論（1977 年）163-176 頁、滝沢・前注 1) 60 頁以下、Husa, *Id.*, at 385-389 に詳しい。

18) David/Brieley, *supra* note 5, at 18, 20.

19) *Id.*, at 18-19.

いし、法が目的としている社会類型〔types of society〕であって、ふたつの基準は重疊的に用いるべきである<sup>20)</sup>。

ただし、法族概念は生物学——における科 (family) ——のような実態を伴うものではなく、講学上の道具にすぎないから、この種の議論は行きすぎるとあまり意味がなく、分類の目的やパースペクティブによって、どの分類が適切かも変わってくるであろう、とダヴィッドは指摘する<sup>21)</sup>。

(2) ダヴィッドの同書(『世界の主要法体系』)は、現代の主要法族を、①ローマ＝ゲルマン法族、②コモン・ロー(法)族、③社会主義法族(ソ連邦崩壊後の原著第11版〔2002年〕からは、「ロシア法族」)にまず分かち、さらに、④「法および社会秩序に関するその他の考え方」というカテゴリーを設けているが、④のグループに属する各法システムは相互に完全に独立しており、④は真正な法族とは異なると批判されている<sup>22)</sup>。まず①のローマ＝ゲルマン法族とは、ローマ市民法(ius civile)・ユスティニアヌス法典を基礎として、私法を中心にヨーロッパの諸大学で12世紀以来発展した法律学——その担い手は法学者である——を有し、19世紀以来「法典」の形式による立法を格別に重視するにいたった、ヨーロッパ起源の法族である。「ローマ＝ゲルマン」という用語は、ラテン系およびゲルマン系の諸大学が、中世においてこの法システムを形成する中心的役割を担ったことを示すために用いる。また、②のコモン・ロー族においては、トライアルでの特定の紛争解決のために裁判官が中心となって法形成をはかり、手続法が実体法以上に重視された。コモン・ローは王権と結びついて発展した公法であったために、ローマ法学の影響はきわめて少なく、法概念や法技術はローマ＝ゲルマン法族とまったく異なる内容となった<sup>23)</sup>。しかしながら、①・②いずれの法族も、キリスト教的道徳と、ルネサンス以来の個人主義・自由主義・個人の権利を重視する哲学教育とにおいて共通しており、とくに近年両法族は大幅に歩み寄っているため、「西洋法」(western law)

20) Id., at 21.

21) Id., at 22.

22) Husa, *supra* note 4, at 386.

23) David/Brieley, *supra* note 5, at 24.

という統一的大法族を考えることもできよう、とダヴィッドは評価する（スコットランド、イスラエル、南アフリカ連邦、ケベック州、フィリピンなどの混合法域の存在も、このような提案を補強するものである）<sup>24)</sup>。

ダヴィッドは、③の社会主義法族は、かつてはローマ＝ゲルマン法族に属していた諸国からなり、その特質を現在も保持しているが、その独自性は革命的性格にあるとする（マルクス・レーニン主義の教義を実現するために、すべての生産手段は集団化され、市民間の私法的関係は著しく制限されて、すべての法は公法化する）。ただ、同じ社会主義法族でも、ヨーロッパの社会主義共和国・人民民主主義共和国は、かつてのローマ＝ゲルマン法族の特質をより濃厚にとどめているし、アジアの社会主義法族は、極東文明の諸原則との調和をはかっている点で、1917年のロシア革命以来のソビエト社会主義連邦の法とは区別されるべきである<sup>25)</sup>。

ダヴィッドは、現代世界のすべての国は以上の3法族から何らかの要素(western ideas)を取り入れている、としつつ、法の地位および機能についての理解が西欧とはきわめて異なる諸国があると指摘し、イスラーム・インド・ユダヤ法（法は重視されるが、法の内容そのものが西欧と異なる）と、極東（例えば、中国法と日本法）・アフリカ・マダガスカル法（法の観念そのものが排斥され、法以外の手段で社会関係が規律される）とが、「その他の法および社会秩序の考え方」というグループを構成する、と説く<sup>26)</sup>。

ダヴィッドの本書の法族の具体的叙述は、①②③のいずれの部分も、法族の歴史、法構造、法源の三部構成となっている。

(3-1) ダヴィッドの『主要法体系』の第1部「ローマ＝ゲルマン法族」では、まず次のような特色が指摘される。①本法族は、ローマ法を継承し、その進化を完成させた。②植民地化および19世紀における法典化（これが継受を促進した）によって、この法族は全世界に拡大した。③この法族の世界への分散と、法典化の技術による法(le droit)と制定法(la loi)との混同とが原因とな

24) Id., at 25, 26 N.21.

25) Id., at 27.

26) Id., at 27-29.

り、一見多様な各国法を1つの法族に結びつける要素の発見が難しくなったが、コモン・ロー族と社会主義法族とを研究すれば、ローマ＝ゲルマン法族に統一性が存在することが明らかになる。④ただし、この統一性は、一定限度の差異を排除するものではないから、ラテン、ゲルマン、スカンジナビア、ラテン・アメリカなどの二次的な分類を承認する必要がある<sup>27)</sup>。

(i) ローマ＝ゲルマン法族形成の歴史は、慣習法の時代(13世紀から18世紀)、後述(ii)の制定法の時代(18世紀以降)、後述(iv)のヨーロッパを超えた拡張の3段階で論じられる。5世紀のローマ帝国の滅亡に伴い、ローマ法の支配も衰える。13世紀前のヨーロッパ法は本質的に慣習的性格を有しており、中世の法は各人の個人的関係にもとづいて多少なりとも自発的に遵守する「行動ルール」(rules of behavior)であった(イタリアにおけるテオドリックの勅令〔500年〕などの例外を除き、公権力は慣習法の成文化に努めなかった。裁判手続は非合理的証明に支配され、判決の執行も保証されていなかった)。「ローマ＝ゲルマン法族は、西欧における12世紀および13世紀のルネサンスと結びついて生まれた」。「ローマ＝ゲルマン<sup>システム</sup>体系は、ヨーロッパの政治的統一が存在しない時代に形成された。教皇や神聖ローマ皇帝の努力によっても、政治的基盤にもとづく統一ローマ帝国の再生に失敗したことは明らかであった。ローマ＝ゲルマン<sup>システム</sup>体系は文化共同体にもとづくものにほかならず、政治的考慮からは独立に存在した」。都市と商業の発展により生まれた新しい社会は、秩序と取引の安全を保証する法の必要性を再び意識するようになり、友愛にもとづくキリスト教社会という理念は放棄されたのである(〔世俗社会の〕法による支配という理念への革命的復帰)<sup>28)</sup>。

こうした法のルネサンスを支える理念を普及させたのが、当時の西欧の文化的中心であった大学であるとし、ボローニャに代表される中世の諸大学における<sup>ユス・コムーネ</sup>普通法(ius commune)の教育と、そこで教授された法の理念が現実の社会でどの程度受容され、ヨーロッパ諸国の実定法のモデルとなったのかということ、ダヴィッドは解説する。すなわち、イタリアやフランスは封建制による

27) Id., at 33-34.

28) Id., at 39-40.



分裂状態にあり、多様でプリミティブな地域慣習の他に国家法を欠いていたので、大学教育の対象となったのは社会組織のモデルとしてのローマ法であった(中世の大学〔教師〕は、学生を法技術に熟達させるよりも、真の正義の本質を宣明することに関心があった)。14世紀の後期注釈学派(post-glossators)以後15世紀までの大学教育におけるローマ法の現代化(カノン法の影響を受けた「パンデクテンの現代的慣用」〔*usus modernus Pandectarum*〕)を経て、17・18世紀には、社会的要請に対応するために、ユスティニアヌス法典ではなく理性にもとづく自然法を講ずる自然法学派が大学において勝利をおさめ、法典化の基礎を築いた。自然法学派は、法は理性の産物であるから創造・制定できると説き、人間理性により普遍法を確定できることを根拠に地方慣習を統合してゆくことによって、法典化への道を開いたのである<sup>29)</sup>。

ひき続きダヴィッドは、中世の大学で教授された法の理念が現実の社会ではどの程度受容されていたのか、それがどのようにしてヨーロッパ諸国のモデルとなったのかを、具体的に検討する。すなわち12世紀以降の法の理念のルネサンスのあらわれが、第4回ラテラノ会議の決議(1215年)であり、聖職者が神判に訴える手続に関与することを禁じたため、それにかわりカノン法の合理的で洗練された書面主義的訴訟手続がヨーロッパ大陸でモデルとして受容されるようになって、13世紀から16世紀の間に、裁判運営は大学でローマ法教育を受けた法律家がコントロールするにいたった。中世において法は現在のような安定性・包括性を欠いていたため、法を発見・形成する責任は、大学の法学者の学説によって指導された裁判所が担った。「村落ごとに異なることもある地方慣習は非難された。それらは閉ざされた社会においてのみ適用された。確定ないし証明することがきわめて困難であるため、より広い地理的適用が可能ないように再編成されるか、書かれた編纂物によって直ちに利用できる場合のみ、地方慣習は生き残った。そうでない場合には、地方慣習は必然的に消滅する運命にあり、その際には大学の教授法がそのかわりに実務において適用されることが大半であった」<sup>30)</sup>。

29) *Id.*, at 40-49.

30) *Id.*, at 49, 53.

ダヴィッドは、土着の固有法がどの程度ローマ法の權威によって補完されたかが重要であるとする。①フランスでは、「王はその王国内ではその皇帝なり」という理由から、ローマ法に強行的（義務的）性格は承認されず、「書かれた理性」の權威にもとづきローマ法が全土で容認されていた。②神聖ローマ帝国内では、原則として（慣習法が排除しない限り）ローマ法が継受されたが、帝国内であっても、スイスのカントンやザクセン・シュピーゲルに服する地域ではローマ法の継受は生じず、「書かれた理性」として普及するにとどまった。③司法制度・訴訟手続が与えた影響はより重大で、⑦フランスでは、裁判所が地方慣習法の内容を証明する「証人群による証明」（enquête par turbes）手続によってローマ法の浸透が妨げられていたが、14世紀初頭には、ローマ法を社会の要請に適合させる役割を果たすパリ最高法院が設立された、④ドイツおよびイタリアではこのような慣習法を確定する手続は存在せず、ドイツにおいては、司法組織が著しく混乱していたため、訴訟記録を大学の裁判機関に送付し（Aktenversendung）、地方慣習に通じていない裁判官は「法律家の共通の意見」（communis opinio doctorum）に進んで従うという慣行が発達し、裁判を統一する共通の基盤としてローマ法の圧倒的な影響が及んだ<sup>31)</sup>。さらにダヴィッドは、13世紀ないし18世紀における地方慣習法の公的・私的編纂、フランスの最高法院の16世紀・17世紀の法規的院判決（arrêts de règlement）による慣習的普通法の形成、ローマ法の強固な移植による国家法化（ローマ法たるユス・コムーネに比べ、ハンザ同盟の都市法から発達した「ドイツ私法」は雑多な内容にとどまった）、ラテン諸国の状況に言及する<sup>32)</sup>。

(ii) ダヴィッドは、18世紀以降の自然法学派の目覚ましい成果として、①治者と被治者との関係を規律する新たな法分野を認知し、公法学の発達を促したこと、および、②法典化を実現したことを指摘する。この法典化がもたらしたメリットとしては、①'（フランス国外でナポレオン法典が採用されたように）ヨーロッパの共同体を強化する効果・ヨーロッパを越えてローマ＝ゲルマン法族を拡張する効果をもたらしたこと、および、法典化の遺憾な結果としては、

31) Id., at 54-56.

32) Id., at 56-61.

②『民法典という形式での「理性の実現」によって、教育を通じて正しい法を探究してモデル法を提示するという大学の伝統が弱まり、法典化を促した実践的・進歩的精神に反して、注釈学派のアプローチ・法実証主義的態度に後退したことが挙げられる。《法典化の目的は、19世紀の状況とニーズに応じた新たなユス・コムネの諸原則を宣言するところにある》とする法典化の推進者たちの考えとは異なり、普遍主義的精神の衰退と19世紀におけるナショナリズムの隆盛のもとで、法典は、「法の国家化」の道具——局地的な慣習を国家レベルに一般化ないし再編したもの——とみなされた<sup>33)</sup>。今日では、法の形成発展における学説および判例の重要な役割が明示的に承認され、19世紀のような法実証主義は退潮し、国際条約の増加と比較法の発達によって、裁判官は次第に外国の法概念と法解釈を考慮するようになり、法的ナショナリズムも衰えて、ヨーロッパの法典化運動によって生じた危機は一時的なものにすぎない、と期待できるようになった。現代における自然法への関心の復活は、ユス・コムネの理念の再生をもたらすであろう。社会に普及している正義の観念を実体化・実現するのが法および法律家の役割であるから、新しい理念（配分的ないし社会的正義）にもとづく新しい法を実現するには、伝統的な法技術では足りず、外国の実務を観察し、比較法を利用することがとくに重要である。現代の法学者たちは、法典化の本来の理念に立ち返り、比較法はローマ法の継承者であって、ヨーロッパのユス・コムネを発見し発展させる手段である、と理解しようとしている（サレイユ、ランベール、ツヴァイゲルトら）<sup>34)</sup>。

(iii) ここまでは、ローマ＝ゲルマン法族の統一性に寄与するファクターを論じてきたが、ダヴィッドによれば、ローマ＝ゲルマン法は生ける法 (living law) であって、生き続けるシステムには一定の多様性が自然と生まれ、法族の一部が自立をめざして離脱しようとする運動が生ずる。ただし、大学における数世紀にわたるローマ法教育は多様であったものの（ガリアの学風、イタリアの学風など）、自然法学派が勝利をおさめたことによってヨーロッパ大陸法の統一性が回復されたし、法典化の成功もローマ＝ゲルマン法族の分裂をまねく

33) Id., at 66-67.

34) Id., at 67-69.

ものではないことが次第に明らかになりつつある、という（フランスとドイツの法典化のタイム・ラグは、両国の民法典の方法とスタイルを異なるものとしたが、〔ドイツでは、パンデクテン学派にもとづくローマ法原則の体系化が可能であった〕、これは歴史的偶然であって、恒常的対立の原因とはならない）。いずれも、多様性の歴史的・一時的要因にとどまるのである<sup>35)</sup>。真に革命的で、法の基本的・哲学的観念を否定し、法なき社会の到来を予言する社会主義法族でも、その法観念はローマ＝ゲルマン的伝統にもとづく法学教育を受けたマルクスおよびレーニンの哲学に立脚し、19世紀に有力であった法実証主義に直接由来するものであって、法は立法者意思の表明であるとする法実証主義に依然として忠実なように思われる、とダヴィッドは分析する<sup>36)</sup>。

(iv) ローマ＝ゲルマン法族形成史の末尾は、「ヨーロッパを超えた拡張」であり、ダヴィッドは、「海を超えた広い領土の植民地化は、ヨーロッパ外へのローマ＝ゲルマン法族の拡張を生ぜしめた。19世紀および20世紀に採用された法典化の技術もまた、他の多くの諸国におけるローマ＝ゲルマン法族の確立に有利にはたらいた」とまず指摘して、新世界・アフリカおよびマダガスカル・アジアおよびインドネシアへの拡張の状況を素描する。

アメリカにおけるスペイン・ポルトガル・フランス・オランダの植民地は、ローマ＝ゲルマン法族の特徴的な法の理念 (ideas) を受け容れ、タウンの外で適用されていた未発達の実務上の法の学問化が進んだが、「唯一の問題は、ヨーロッパに普及していた条件とは大きく異なった条件のもとで発達したアメリカの諸法が、ローマ＝ゲルマン法族のヨーロッパ諸法に比べ、オリジナルな性格をどこまで発達させたのか、ということである」。スペイン領であったアメリカ諸州（フロリダ、カリフォルニア、アリゾナ、テキサス等・パナマ運河地帯・ガイアナ）はコモン・ロー域となり、ルイジアナ州・ケベック州・セントルシア・プエルトリコなどは「コモン・ローから若干の要素を借用し、ある程度までローマ＝ゲルマン法族への帰属性を維持している『混合』法域である」<sup>37)</sup>。

---

35) Id., at 69-71.

36) Id., at 72-74.

37) Id., at 75-76.

アフリカおよびマダガスカルについては、きわめて細分化された部族の構成があらゆる法的進化を制約していたが、植民地化によって法の理念そのものが秩序と平和とともに輸入された、とダヴィッドは説く。フランスの感化を受けて、エチオピアは1957年・1960年に諸法典（民・商・刑法典）を採用したけれども、「エチオピア法と他のブラック・アフリカの法が、ローマ＝ゲルマン法族内の独立したグループと考えられるかどうかは、今後の進化のいかんによることになるだろう」。「イギリスによる併合以前は、南アフリカ連邦を構成する諸国は、オランダによる植民地化が原因で、ローマ＝ゲルマン法族に属していた。そこで適用されていたローマ法系オランダ法（Roman-Dutch law）はイギリスの支配によって危険にさらされた。その影響を受けて、今日では、南アフリカ、ジンバブエ（ローデシア）、ボツワナ、レソトなどでは、『混合法』であることを示す変化が生じた」。「北アフリカも同様に、それを分かち多様な諸国が、植民地化ないしフランスの政治的・文化的影響によって、フランス法ないしイタリア法の影響を受けていることから、ローマ＝ゲルマン法族に属している。しかしながら、これらの諸国では、イスラーム法が重要な役割を維持し続けている。今日では、この両システムの理念を結合しているこれらの法は、同じく『混合法』と考えられなければならない」<sup>38)</sup>。

アジアおよびインドネシアについては、第一次大戦まではイスラームの伝統に忠実であったトルコが、それ以後の立法によりすべてのイスラームの要素を排除して、ローマ＝ゲルマン法族の完全な一員となったことをダヴィッドは指摘し、「1918年のオスマン帝国の分裂に従って近東（the Near East）で形成されたアラブ諸国は、これ（トルコ）ほど革命的ではなかった。その進化はエジプトに似ていた。1918年から、アラブ諸国は、オスマン帝国が残したフランスとの法的つながりを維持・強調したが、トルコのように完全に法が世俗化されることはなく、若干の事項については、イスラーム教を信奉する人々のためにイスラーム法による規律を残した。イスラエルの場合は特別で、イギリスの委任統治のために、以前は効力を有していたフランス＝オスマン法（Franco-

38) Id., at 76-77.

Ottoman law) が、コモン・ローの影響によって大幅に取ってかわられた。イラクとヨルダンでも同様の事態が生じたが、これらの国で委任統治が消滅すると、ローマ＝ゲルマン法の諸概念が復活した」と説く<sup>39)</sup>。さらにダヴィッドは、①「アラビア半島は今日にいたるまで、ローマ＝ゲルマン的影響をほとんど受けていない。そこがどのようにして近代化されるかは謎のままである」<sup>40)</sup>、②フランス・モデルに従って法典化を行ったイランは、エジプト、シリア、イラクに相当する状況にあり、ローマ＝ゲルマン的理念とイスラームの理念にもとづいた混合法である、③アジアのもう一方の端では、ローマ＝ゲルマン法族の中国における一時的な成功が共産党によって破壊され、日本、台湾、タイ、韓国とローマ＝ゲルマン法族との結びつきは維持されているが、仏領インドシナにとってかわった諸国（南ヴェトナム、カンボジア、ラオス）では状況はより複雑である、④フィリピンは、スペインによる植民地化と50年にわたるアメリカの占領によって混合システム（mixed system）となった、⑤「オランダにより植民地化されたインドネシアも、ある程度までローマ＝ゲルマン法族に属するが、ここではローマ＝ゲルマン的概念がイスラーム法および慣習法と結合しており、このシステムも混合法と考えるのが適切である」、と概観している<sup>41)</sup>。

(3-2) 以上の歴史叙述を受け、ダヴィッドの『主要法体系』第1部第2編はローマ＝ゲルマン法族の「法構造」を、同第3編はその「諸法源」——制定法、慣習、学説、法の一般原則（super-eminent principles）の5章から構成される——を説明する。

(i) 「法構造」論において、まずダヴィッドは、ローマ＝ゲルマン法族の実体的ルール（substantive rules）は相当多様であるが、①法的ルールを分類整理するためのカテゴリーは何か、②法システムの主要な要素（すなわち法的ルール）が各国法において同様に考えられているか、といった2つの観点から評価すれば、構造上の類似性からして一体の法族として考えることができる、と説

---

39) Id., at 77-78.

40) Id., at 78.

41) Id., at 78-79.

く<sup>42)</sup>。ダヴィッドは、第1の観点(区分と概念)について、ローマ=ゲルマン法族に属するすべての諸国の法学は法的ルールを同様の主要なカテゴリーに分類していると指摘し、①公法と私法の区別、②公法の脆弱性、③(憲法、民商法などの)法の分野が共通していること、④ローマ法・カノン法・(そして特に商法の場合に)国際的商慣習を基礎とする私法の構造の統一性(中世の商慣習は後期注釈学派〔post-glossators〕の著作の中でローマ法と統合されていた)、⑤「債務法」が根本的なカテゴリーであること(コモン・ロー諸国では債務法というカテゴリーは存在せず、<sup>トラスト</sup>信託がこれに匹敵する重要性を有する)に論及する<sup>43)</sup>。民商法の融合化現象(ケベック、スイス、イタリア、オランダ)や総則を欠く民法典の存在(スイス、メキシコ、イタリア、ハンガリー)はローマ=ゲルマン法族の統一性をそこなうものではない、とダヴィッドはいふ<sup>44)</sup>。

第2の観点すなわち法システムにおける主要な要素・法的ルールの共通性については、「ローマ=ゲルマン法族の諸国では、法的ルールは同様の方法で表現され、特色を与えられ、分析される。学問的著述が高く評価されるこの法族では、法的ルールは個々の事例の解決に適した単なるルールにすぎないとは考えられていない。学者による体系化の努力を通じて、法的ルールはより高い抽象のレベルに到達する。すなわち、法的ルールは、一定の一般性を付与されるとともに、裁判所や実務家が具体的なケースで特別に適用することを超えたところに位置する行為のルール(rule of conduct)であるとみなされているのである」とダヴィッドは解説する<sup>45)</sup>。裁判例の省察と正義・道徳・政策・体系との調和を考慮することによって、膨大な法実務と判例から、実務家の将来の指針となる法的ルールを抽出するのは学説の役割である。法的ルールは、膨大な素材を圧縮することで法の学習を容易にし、よりよい社会正義の実現のためにそれらの素材がいかに有益であるかを示し、社会が一定の目標を志向できるように世論および立法者が効率的に参加できる道を開くのであり、以上の法

---

42) Id., at 80.

43) Id., at 81-89.

44) Id., at 90-93.

45) Id., at 94.



の機能は、法は社会組織のモデルであるとする伝統に従ったものである。ローマ＝ゲルマン法族においては、法典は組織された一般的法的ルールの体系であると考えられている。ダヴィッドは、ローマ＝ゲルマン法族の法的ルールは適度の一般性を有しており（より高次の一般原則と個別の事件の解決たる裁判例との中間に位置する）、それゆえそれらの諸国における法律家の職務が制定法の解釈であること（コモン・ロー諸国における厳格な「先例との区別」〔distinguishing〕のテクニックに比べ、裁判官に裁量の余地を残すのが、ローマ＝ゲルマン法族における法的ルールの「解釈」である）、法的ルールの解釈の余地が広いために法の予見可能性と安定性は必ずしも高くないこと（立法者が法的ルールを設定したレヴェルより下のものをすべて単なる“facts of the case”として処理することはできない。紛争解決の決め手が事案の特殊性にあるのか、法的ルールの解釈にあるのか判定するのは難しい）、立法者が定める法的ルールのみならず裁判所の解釈により形成される「二次的法的ルール」（secondary legal rules）の重要性が増しているが、コモン・ローのケース・ロー・システムの段階には到っていないこと（したがって、ローマ＝ゲルマン的な法的ルールの概念を認めない諸国に比べ、判例変更〔changes in the pattern of the decided cases〕は危険や不確実性を伴わない）、を解説する<sup>46)</sup>。

(ii) ローマ＝ゲルマン法族の「法源」論において、ダヴィッドは、①ローマ法はもはやアプローチの共通の基盤とならない、②同一法族内で比べても、各国法はオリジナリティを有し、国内の法源論にも争いがある、③考察の対象たる法分野や法律家のメンタリティに応じて異なる、④支配的な思想傾向に応じて、法源論も歴史とともに変化する、といった理由から、その理論を提示することの困難さを指摘する<sup>47)</sup>。ダヴィッドは、一見するところローマ＝ゲルマン法族においては制定法が主要な法源のようであるが、このように法と制定法とを混同することは実はローマ＝ゲルマン的伝統に反しており、制定法以外の法源の重要性が理論上もますます広く承認されつつある、と説く<sup>48)</sup>。ダヴィッドによれば、法典編纂以後は、制定法のみが法源であるとする実証主義理論

46) Id., at 95-100.

47) Id., at 102.



がローマ＝ゲルマン法族において一般的勝利を収めたようであるが、実は今日では自然法理論の復活がみられ、実証主義者自身も19世紀におけるような制定法の神話(myth of legislation)を捨て、裁判官の創造的役割を承認している。「ヨーロッパの諸大学で数世紀にわたり理解されていた法の理念は、これまで放棄されていない。たしかに立法者は法を明らかにするために助力できる(いや、そうしなければならない)が、法それ自体は制定法以上の存在なのである。法は立法者意思と混同されてはならず、法はすべての法律家——とりわけ裁判運営の関係者——の努力の結びつきによってのみ発見できるのである。今日では、制定法と学説の法源としての相対的地位は、フランス古法の時代に比べ逆転しているかもしれないが、それでもなお、伝統に従って、ローマ＝ゲルマン諸法は法曹法(Juristenrecht)と評することができるシステムを維持している」<sup>49)</sup>。法の理念を正義の探求と結びつけている点でローマ＝ゲルマン法族とコモン・ロー族とは類似している(両法族の主たる相違は、問題解決の技術がまず立法と裁判例のいずれであるのかによるのであって、法それ自体の本質が異なるのではない)、とダヴィッドは説き、社会主義法族と比べた場合の「西欧法の単一性」(unity of western law)を示唆するのである<sup>50)</sup>。

以上の総論を前提に、ダヴィッドは制定法・慣習・判例・学説・法の一般原則(super-eminent principles)を詳論する。本稿では、制定法(legislation; la loi)の分析のみを取りあげる。まずダヴィッドは、「ローマ＝ゲルマン法族諸国は、制定法に根本的・第一次的な役割が与えられなければならないとする見解で現在では統一されている。当然ながら、この点について若干の相違は認められるであろう。これらの相違のいくつか、すなわち制定法(statutes; lois)の合憲性の司法審査、法典、制定法と規則(regulation; règlement)の区別、

48) Id., at 103. ローマ＝ゲルマン的伝統の内容として、ダヴィッドは、①法概念を教育を通じて形成した諸大学は、ローマの法文を甚しく歪めて教育した、②各国の法システムの発展に相当の影響を与えたパルマンは、制定法をほとんど利用しなかった、③法典化の技術を推した自然法学派も、法の理解は制定法の研究によってのみ得られる、という意図ではなかった、と指摘する(Ibid.)。

49) 以上は、Id., at 104-106.

50) Id., at 106-107.

制定法の解釈については、すでに言及した。これらの相違は、明らかにきわめて重要であるが、いずれも、ある法をローマ＝ゲルマン法族から外すようなものではない。実際、自律的な（独立の）ラテン、ゲルマン、グレコ＝イタリア、スカンジナビアといったグループを区別させるような要素を発見するのは困難である。これらの相違よりも重要なのは、多様な法の間に見られる類似である。その中心にあるのは、制定法に重要な地位を与えるという点での類似である」<sup>51)</sup>。ダヴィッドは、ローマ＝ゲルマン法族においては、法の任務である「正義の実現」にとって最良の方法は、法律家が制定法の諸規定に依拠することであると一般に考えられているとし、この傾向は、ローマ＝ゲルマン法族のほぼすべての国家が法典と成文憲法を有するにいたった19世紀に顕著となったが、計画経済の勝利および国家の役割の増大によって、20世紀においても強化されてきたと分析したうえで、制定法のヒエラルヒーを解明してゆく<sup>52)</sup>。

まず、すべてのローマ＝ゲルマン法族諸国は成文憲法を有しており、その条文は特別なprestigeを享有している。このprestigeは、憲法改正に特別手続を要するとか、違憲立法をコントロールする手段が確定しているといった形をとる。憲法規範に通常の制定法よりも高い価値を付与するとともに、違憲立法に対する司法的コントロールの原則を確立する努力がローマ＝ゲルマン法族全体を通じてなされてきた（とりわけドイツおよびイタリアでは、憲法中の基本権を侵害する個別立法を裁判所が無効としたケースが多い）。ヨーロッパ諸国では、制定法の違憲を宣言する権限は、特別に創設された（憲法）裁判所に付与されている（ドイツ、オーストリア、イタリアなど。違憲の疑いあるときは、通常裁判所は手続を延期して、憲法裁判所に事件を移送する。フランス、オランダでは裁判所に違憲審査の権限はなく、フランス憲法院〔Conseil constitutionnel〕はドイツの憲法裁判所に相当するものではない<sup>53)</sup>）。

次に、「法典」とは、元来はテオドシウス法典やユスティニアヌス法典のよ

---

51) Id., at 128.

52) Id., at 108.

53) Id., at 108-111.

うに別々の制定法を集成したものを意味したが、19世紀には近代的ユス・コムーネの諸原則を定めた編纂物で、(形式上は一国のみでの適用を宣言しているけれども) 普遍的適用を望むものであった。しかしながら、今日では、特定の主題に関する規律を集成し、体系的に編成した編纂物を法典という。このような傾向のために、ローマ＝ゲルマン法族において新たな多様性が生まれた。ローマ＝ゲルマン法族のほとんどの諸国が19世紀および20世紀を通じて法典の方式を採用し、それらすべてはフランスの5つのナポレオン法典(1804年ないし1811年)が確立したのと同じ編別の枠組みを取り入れた(北欧諸国は例外で、同一の法典が各国で順次公布され[最初にデンマークで1683年]、その法典を存続させるかどうかで2分した[スウェーデンとフィンランドでは1734年法典が存続])。ヨーロッパ経済共同体ないしより広いコンテキストで、ヨーロッパの自国中心主義を打破するためにヨーロッパ諸法典を採択すべき時が近いのかどうか、リアルな問題であろう<sup>54)</sup>。ダヴィッドは、「行政立法(規則)とデクレ」(regulations and decrees)、「行政通達」(administrative directives)にも言及しているが、この部分は省略する<sup>55)</sup>。ダヴィッドは法典の2つのスタイルにふれたうえで、制定法(legislation; lois)の解釈を論じ、ローマ＝ゲルマン法族においては事実を制限的に解するかりべラルに解するかによって、法が適用される状況を相当程度コントロールすることができ、制定法の文言次第では裁判官が補充的な自由探求(free research intra legem)により実定法から導出できない独立の価値判断を導き出すことも許されるとし、厳格な法的ルールを新たな社会状況に対応させるためのテクニックとして、①法文を歴史的コンテキスト・立法者意思から切り離して現在の正義感覚に適合する意味を与える目的論的解釈(ただし、オーストリアやイタリアでは、立法者意思に厳格に従い、立法史からそれを探求するアプローチが採られてきた)、②法典の個別規定を総則規定(一般条項)の適用によって中立化する(neutralise)解釈方法(ドイツや北欧)を検討する。ダヴィッドは、「解釈の共通原則」を最後にこう要約している。「さまざまな学説はあるが、ローマ＝ゲルマン法族のすべての国の実務は、その経験主

54) Id., at 111-113.

55) Id., at 114-117.

義 (empiricism) を特色としつつ、裁判官、時代、問題とされている法分野に応じて変わる中間的コースを辿っている。法文は、解釈者に厳格な既定の解決を押しつける命令 (commands) というよりは、公正な解決を発見する際の指針として扱われる場合が多い。すべての国において、論理的かつ文法的解釈が明らかに好まれ、立法者意思の尊重が公正な解決へと導く場合には、このアプローチが進んで承認される。それでもなお、論理的解釈は、類推ないし反対解釈 (a contrario) による理論構成 (reasoning) か、多様な原則の結合による理論構成かの、いずれかを選ぶことができる。先行する事情に照らして現在のテクストを解明し、立法者意思を考慮に容れる歴史的解釈は、そのような論理的アプローチを修正する助けとなるかもしれない<sup>56)</sup>。

(4) 『世界の主要法体系』で展開された法族論 (分類学) を前提とするマクロの比較の好例として、インドにおけるタゴール・レクチャーズのために執筆されたルネ・ダヴィッドの『イギリス法とフランス法——その実質のひとつの比較』(1980年)がある(インドの法律家を主な名宛人とする講義であるから、本来ならばフランス法とインド法を比較すべきであるが、同書はフランスで執筆され、インド法の資料を殆ど利用できなかったのも、同じ法族〔コモン・ロー〕を代表するイギリス法が対象に選ばれたとのことである)<sup>57)</sup>。ダヴィッドは『イギリス私法研究入門』および『フランス法』といった名作<sup>58)</sup>を著わしているため、このコンパクトなマクロの比較研究も、きわめて充実した内容となっている。すなわち、同書は、①救済法と権利の法、②法典化された法と判例法、③法の構造と区分、④裁判所と法律家、⑤手続と証拠、⑥憲法、⑦行政法、⑧契約法、⑨商法、⑩不法行為法、⑪労働法の各章から構成される。アメリカを代表する比

56) Id., at 117-125.

57) René David, *English Law and French Law A Comparison in Substance* (1980). 書評として、von Mehren, 13 *Ottawa L. Rev.* 902-903 (1981) のほか、30 *I. C. L. Q.*, at 272 (1981); 1 *Legal Studies*, at 213-226 (1981) がある。ヴォン・メーレンのもの以外は複数の書物の書評である。なお、ダヴィッドのインド滞在については、その自伝 *Les avatars d'un comparatiste* (1982), at 228-240 に記述がある。

58) それぞれ、*Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre* (1948); *Le droit français* (1960) である。また、小冊子ながら同じ著者による *Le droit anglais* (6<sup>e</sup> éd. 1991) という *Que sais-je?* シリーズの好著もある。

較法学者ヴォン・メーレンは、同書の書評において、『イギリス法とフランス法』は、今世紀の偉大な比較法学者の広い学識・長い経験・賢明な洞察が具現化された英仏法の諸相の有益かつ示唆に富むサマリーであって、経験を積んだ比較法研究者にとっても、両法を総合的にとらえ、個々の知識に対する全体的なパースペクティヴを獲得するために役立つであろう、と高い評価を与えている<sup>59)</sup>。

(5) 以上のローマ＝ゲルマン法族の叙述にみられるダヴィッドの古典的法族論は、当時としては完成度の高いものであったが、提唱者自身その試論的性質を認識していたし、ローマ＝ゲルマン法族の「拡張」といった視点から叙述を展開しているため、本稿の「序論」で指摘したように、過度に西欧中心で、混合法システムの位置づけや分析が不十分であるといわざるをえないであろう。法族論の新たなアプローチを検討することによって、法族論の意義および効能を問い直し、比較法学の方法論を再検討してみようというのが、本稿の問題意識である。

### 3. 新たなアプローチ——法伝統論を中心に

『法族の盛衰』と題する論稿を著わしたブラジル出身の研究者 Pargendler は、「比較法文献における分類学上の努力の精神史 (intellectual history) を提供することによって、本論文は、法族というカテゴリーが直線というよりも放物線状の進路を辿ったということを示唆する。伝統的な理解に反して、コモン・ローとシヴィル・ローの強固な二分法 (dichotomy) は、20 世紀に——すなわち第 1 のグローバリゼーションが終わった 1914 年から、20 世紀後半の第 2 のグローバリゼーションの前までの間に——ピークに達したのかもしれない。この見地からすれば、近時、法族の分類を放棄するように比較法学者たちが要求していることも、見た目ほどラディカルな動きではないのである」と論じている。法源を基準にコモン・ローとシヴィル・ローの二分法を採用した最初の卓越し

59) von Mehren, Book Review, *supra* note 57, at 902-903.

た比較法学者はレヴィ・ウルマン (Levy-Ullman) であったが (1923 年発表の論稿), その影響は直ちには及ばず, 1950 年に発表されたルネ・ダヴィッドの『比較民法概論』も, 西洋法 (西欧法)・社会主義法・イスラーム法・ヒンドゥー法・中国法の分類を採用し, たとえば英法と仏法の相違は技術的レベルにとどまり, イデオロギーのレベルではない (異なった技法により本質的に類似の解決にいたる), と説いていた。1962 年のルネ・ダヴィッドの『現代の主要法体系』 (Les grands systèmes de droit contemporain) 初版が①ローマ＝ゲルマン法, ②コモン・ロー, ③社会主義法の 3 法族に世界を分割し, 1969 年のツヴァイゲルト／ケッツの『比較法概論』はシヴィル・ロー伝統をさらにフランス・ドイツ・スカンジナビアに再分割したのであって, このように 1960 年代にいたって, 今日のスタンダードである分類が登場した。こうした分類学はイデオロギー的性格と自国中心主義のバイアスをそなえている, と指摘されている (ダヴィッドの 3 分類は, 第 2 次大戦後に創造されたもので, フランスをローマ＝ゲルマン法族のリーダーとしてアメリカやソ連と同じレベルに置いていたし, ツヴァイゲルト／ケッツの分類は, ドイツ法に, それが属する法族の親法域 [parent jurisdiction] として特別の役割を与えていた)。「立法共通法」 (droit commun législatif) を提唱したランベールが, フランスの立法とそれと密接な関連のある諸立法 (germane legislations) の近接化にエネルギーが注がれるべきで, アルカイックで保守的なイギリス法は別のグループに属し, 大陸の法律家が注目するに値しないと主張したことから, 両者を別の法伝統とする理解が定着し始めたのである<sup>60)</sup>。Pargendler による以上の理論史的分析を踏まえたうえで, 法族論の新たな動向を追跡してゆく。

ダヴィッド以後の新たな分類学 (taxonomy) の代表的なところみとして, マックス・ヴェーバーの社会学を基礎とするウゴ・マッティ (Mattei) の「法の三類型」 (Three Patterns of Law) 論, 法文化に焦点を合わせたジョン・ベルおよびヴァン・フック (van Hoecke) のモデル, 『オックスフォード比較法ハンドブック』所収のパトリック・グレンの法伝統論 (ただし, 従来の分類学的比較

60) M. Pargendler, The Rise and Decline of Legal Families, 60 Am. J. Comp. L. 1043, at 1073, 1066-68, 1052-1055 (2012).

法には批判的である), エリュジュ (Örücü) の法的樹系図論などがある。以下ではこれらの試論について解説し, 進んで『オックスフォード比較法ハンドブック』所収のデュ・プレッシ論文を中心に混合法システム論を検討したい。

(1) まず, アメリカの代表的な比較法教材である『シュレージンガー比較法』の中心的改訂者マッティ (Ugo Mattei) の論稿「法の三類型——世界の法システムの分類と変化」(1997年)をとりあげる。マッティは, 比較法における分類学は自己目的ではなく, 目的に応じて異なった分類が共存しうると指摘し, ここでの目的は, ①比較法の主流 (mainstream) ——具体的には, 世界の主要法システムへの一般的入門——に, 「ラディカルに異なる法観念」 (radically different conceptions) を組み込んで, 地域研究へのマージナル化を避けるための分類学 (異なる法観念の重要性をよりよく把握できる分類学) を提唱すること, ②法的グローバリゼーションに対応して, 法的知識を法システム・法伝統を越えて伝達する道具 (伝達のための共通の法的文法) として役立つとともに, 法移植の見込みや法的変革の理由を説明できる分類学・フレームワークを提供することの双方にあるとする<sup>61)</sup>。マッティは, 現在の法族論は, (大幅に欧米中心であることに加えて) 世界の法的地図 (geo-legal map) がガルネ・ダヴィッドの描いたものとは相当に異なった状況になっているのであるから, 見直しが必要であるという (マッティは, ①中欧・東欧における共産主義イデオロギーの「崩壊」により社会主義法族が疑問視されていること, ②同じ共産主義の政治システムが中国では「成功」したために, 比較法学における法シノロジー [legal sinology] の重要性が増加したこと, ③過去30年における日本法の異常な進歩, ④イスラム世界の文化的・法的独自性への認識が深まったこと, ⑤アフリカ大陸全土の独立の達成, ⑥比較法学者がコモン・ローとシヴィル・ローの伝統的区別を——近時の歴史的発展から両者の類似性を強調して——再検討したことを, 状況の変化として挙げている)<sup>62)</sup>。

61) Mattei, Three Patterns of Law : Taxonomy and Change in the World's Legal Systems, 45 Am. J. Comp. L. 5, at 8-9 (1997). マッティの理論につき, 五十嵐・前注1) 296頁以下。

62) Id., at 10-11.



マッティによれば、法はマックス・ヴェーバーのいうソーシャル・オーガニゼーションの道具の1つであって、個人の行動に影響を与える社会規範は、主に政治・法・哲学的宗教的伝統の3者から生まれるのであるから（西欧の意味での法だけではなく、政治や伝統も法のパタン〔patterns of law〕なのである）、これらの社会的行動の諸原因の中でいずれが指導的役割を果たしているかに応じて、三分的スキーム（tripartite scheme）に分類できる。各法システムにおいては、3つの法のパタンが作用しており（法のパタンの多元性）、その変化は諸パタンの競争の結果であるから、いずれのパタンが<sup>ヘゲモニー</sup>主導権（hegemony）を握っているかによって法族に分類できるのである<sup>63)</sup>。各法システムの内部で法のパタンの主導権ないしリーダーシップに変化が生ずると、マクロ比較革命（macro-comparative revolution）のきっかけとなり、現在のマクロの比較の分類を修正することになる（ドイツにおけるローマ法の継受、アフリカの植民地化、東欧のベルリンの壁の崩壊など）。マッティはヴェーバーの3分法を比較法に応用し、専門家的法（プロフェッションの法）の支配（rule of professional law）・政治的法の支配（rule of political law）・伝統的法の支配（rule of traditional law）のいずれの社会的インセンティヴのパタンが主導的であるかによって各法システムを分類する。マッティは、以上の分類法は、ダイナミックかつフレキシブルで法が多層的複雑性（layered complexity of the law）をとらえることができるという点で、従来よりもすぐれているという<sup>64)</sup>。比較法学者は、法システムの構造の多層性を意識し、方法論においては法秩序の多元的理解、法的フォルマントの多元主義（Pluralism of legal formants）<sup>プルーラリズム</sup>に向かっているため、多元主義がより明らかになる法システムの研究がきわめて重要になるが、形式的制度が確立される前のより深いレベルから出発するこの3分類は、たえず増大する法移植に対応しつつ（つまり短命な改革には左右されずに）マクロの比較を行うのに最適である。「私の提案する3分法は、満足のゆく厳格な分類は達成できないことを承認している。それは『<sup>ヘゲモニー</sup>主導権』の印象にもとづいており、各法族の個々の特色はその他のいずれの法族にも見出すことができるから、純正主義者

63) Id., at 12-14.

64) Id., at 15-17.



の表現によれば、すべての法システムは混合的 (mixed) なのである」<sup>65)</sup>。

マッティの「専門家的法 (professional law) の支配」に相当するのが、指導的比較法学者によって統一体 (single entity) と認められている西洋 (西欧) 法伝統 (Western Legal Tradition) である。コモン・ローとシヴィル・ローの区別は、この高度に同質的な法族内での二次的区分であって、そこでの同質性は、主に、①法と政治の明確な区別、および②法過程<sup>リーガル・プロセス</sup>が大幅に世俗化されていることにある (法の正当性 [legitimacy] の根拠が宗教や政治にではなく、その技術的性格にある)。この「専門家的法の支配」に属するのが、イングランド、アメリカ合衆国、オセアニアのコモン・ロー・システム、西欧のシヴィル・ロー・システム、北欧法システム、若干の「混合」システム (ルイジアナ、ケベック、スコットランド、南アフリカ) である (イスラエルとインドは問題がある)<sup>66)</sup>。

マッティの第2法族である「政治的法の支配」(Rule of Political Law) すなわち「開発・発展と移行の法」(Law of Development and Transition) においては、政治過程と法過程<sup>リーガル・プロセス</sup>とを分離することができず、専門家的法は法システムでの社会的ルール形成 (social rule making) の主導的パターン<sup>ヘゲモニック</sup>を構成するのではなくて (きわめてマージナルで脆弱)、法過程は政治関係・政治権力によって決定される場合が多い<sup>67)</sup>。マッティは、「政治的法の支配」する法族に属する諸国に共通の問題および類似の制度的解決として、「社会に対する国家制度の限定的コントロール、脆弱な裁判所、極端なインフレーション、現存する民主主義的構造 (もしそれがあるとすれば) の甚しい不安定、司法の活動に対する高度の政治的介入、警察権による甚しい弾圧、ドラスティックな政治経済的規制による介入、大規模な法改革の継続的实施、外国モデルの大きな影響を受けるとともに通常は政治権力によりマージナルなものとされている法文化、法学文献の乏しさ、裁判所の意見の普及の制限、法的トレーニングを受けた人員の稀少さ、公的な意思決定過程の高度な官僚制化」を挙げ、このモデルは「開発・発展と移行の法」ともいわれる、と指摘する。この法族に属するのは、①以前の社会

65) Id., at 19-21.

66) Id., at 23, 26-27.

67) Id., at 27-28.

主義法族の大多数（ただし、社会主義法が、高度にソフィスティケートされたシヴィル・ローの遺産に直面したため、その影響が比較的弱かったポーランド、ハンガリー、チェコはおそらく例外）、②アフリカおよびラテン・アメリカの発展途上の諸国（ただし、「伝統的法の支配」の中に位置づけうるほどにイスラーム法が強固な北アフリカの諸国は例外）、③西半球における唯一の社会主義国キューバである<sup>68)</sup>。しかるにマッティは、「政治的法の支配」の特色を多く備えている場合でも、「伝統的法の支配」が強固な東洋世界と密接に結びつく社会構造を備えている諸国（中国、モンゴル、ベトナム、ラオス、北朝鮮、以前のソビエト・アジア諸共和国〔Soviet Asian Republics〕）は、この法族から除いている。また、植民地時代以降、西欧の法的モデルの影響を受けたアフリカおよびラテン・アメリカ諸国については、①アフリカ全土で慣習的基盤（substrate of customs）すなわち「伝統的法の支配」が「専門家的法の支配」に優越しているが、その諸国を「伝統的法」がヘゲモニックである法族に含めるほどではなく（アフリカ法に対する正しいアプローチは、法システムの相異なる諸相の競合的相互作用を研究することであろう）、②ラテン・アメリカにおいては、「専門家的法の支配」がかなり強い国（メキシコ、アルゼンチン、チリ、ヴェネズエラ、ブラジル、ペルー）も存在するものの、これを西欧法伝統に一般的に含めうるほど、「政治的法」に専門家的法が強力に対抗しているわけではない、と論じている<sup>69)</sup>。

マッティの第3法族である「伝統的法の支配」（rule of traditional law）とは、法と宗教的・<sup>フィロソフィカル</sup>哲学的伝統の分離が生じていないシステムから構成される。ここでは主導的な法のパターンが宗教ないし超越的哲学（たとえばイスラーム教〔の Sharia〕や、極東の伝統的な哲学的行動準則）であって、個人の内的次元と社会的次元が区別されていない。「これらのシステムにおいては、専門技術的法構造（techno-legal structure）——いわゆる法曹法——と接して、インフォーマルないし非専門的な諸制度により規律されているきわめて重要でヘゲモニックな法的関係の領域があることに気づく」。「『伝統的法の支配』においてもフォーマルな法制度は存在するのであるが、その作用のルールが、われわれが西欧

68) Id., at 30-31.

69) Id., at 32-33, 34.

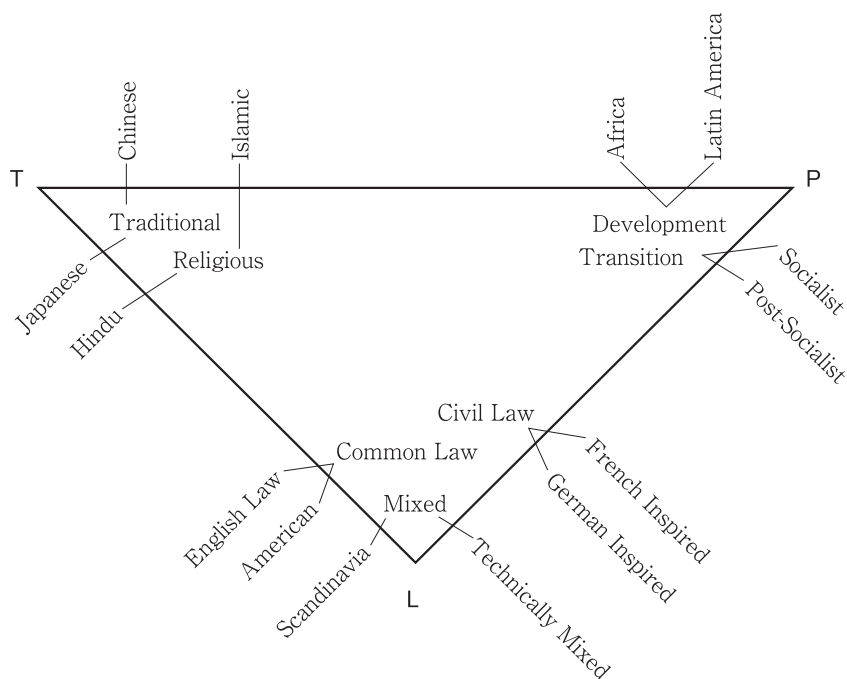
社会で慣れ親しんでいるものとは異なる」<sup>70)</sup>。

この法システムに共通するのは、「社会的紛争解決を委ねられた法律家以外の個人（調停人、学識経験者、宗教的権威）との関係での、法律家の果す役割の低さ（reduced role）。強制された西欧化と、その結果として、他の手段によって伝統的に規律されていた法的関係に専門家的モデルを急激に取り込んだこと。必要な社会的基盤を欠くがゆえに、その機能が法の特定のエリアないし特定のコミュニティに限定されている西欧スタイルの法典および制定法の存在。謝罪（penitence）に高い価値が認められていること。個々の社会構造を維持する手段としての国民の同質性を重視すること。社会の構成単位としての（個人よりもむしろ）家族。ディシジョン・メーカーに与えられる高度の裁量。きわめて多様な地域慣習が高い度合いで残存していること。司法的強制が広汎に利用されていること。強度にヒエラルヒー的な社会観。調和に高い価値が認められること。社会における<sup>ジェンダー</sup>性の役割を大いに強調すること。権利よりも義務にもとづく社会秩序。平等主義的組織と釣り合う、社会のヒエラルヒー構造。変化する社会状況を吸い上げる固有の土着的伝統（indigenous tradition）の能力が限られているため、その結果として西欧法モデルを輸入する必要があること。地方と都会の法源の異別性」<sup>71)</sup>である。この法族に属するのは、①イスラーム法諸国、②インド法およびその他のヒンドゥー法諸国、③その他のアジア的および儒教的法観念の諸国（中国、日本など）である（東半球に属さないモロッコ、チュニジア、アルジェリア等の諸国もこの法族なので、「東洋法伝統」〔Eastern legal tradition〕という地理的ラベルは用いない）。中国と日本を同一法族内に位置づけるのは疑問であろうが、法のパタンの競争の結果、「伝統的法の支配」に次いで第2順位としてあらわれるパタンが異なることから生ずる相違なので（日本は専門家的法、中国は政治的法が第2順位となる）、行政権に対する裁判所の役割の弱さという点に両国の類似の権力関係のパタン（similar patterns of power relationship）を認めることができる<sup>72)</sup>。

70) Id., at 36, 39.

71) Id., at 39.

72) Id., at 36-37.



マッティは、以上の3つのパタンはさらにサブ・システムないしサブ・ファミリーに区分できるとする。すなわち、「専門家的法の支配」は、シヴィル・ロー（これはドイツの影響を受けたエリアとフランスの影響を受けたエリアに再区分できる）、コモン・ロー（イングランドのエリアとアメリカのエリア）、混合システム（スカンジナビアと伝統的混合システム〔スコットランド、ルイジアナ、ケベック、南アフリカなど〕）に区分できる。「政治的法の支配」は、移行・転換中の法（旧社会主義法）と開発・発展中の法（アフリカ法とラテン・アメリカ法）に区分できる。「伝統的法の支配」は、極東システムとイスラム・システムに区分できる。以上を図表に還元すれば、きわめてシンプルであるとともに、多様な変化にも対応できるとして、マッティは上のような各頂点にパタンを置く正三角形の図表を提示している<sup>73)</sup>。

73) Id., at 41-43.

この図表で各頂点にあるLは「専門家的法の支配」、Pは「政治的法の支配」、Tは「伝統的法の支配」をそれぞれ表わしている。

以上がマッティの「法の三類型」論であるが、マッティが編著者のひとりである『シュレージンガー比較法』第7版(2009年)は法族論に簡潔に言及するのみで、これを独立に扱っていないし(そもそも前記マッティ論文が資料として掲載されていない)、同じくマッティを編者とする『ケンブリッジ比較法コンパニオン』(2012年)は法伝統の総論を欠く。「マッティの提案は自己宣言的ドラフトであり、エレガントではあっても依然としてスケッチにすぎない」と評されてもやむをえないであろう<sup>74)</sup>。

マッティらによる前掲『シュレージンガー比較法』第7版の第1部「グローバルな法律問題の本質」は、「法の伝播」の章の中に「動物学者(Zoologist)としての比較法学者——法システムの分類の問題」という節を設け、法族論に言及する(この章は、「諸法のオープンかつ複雑な集合体としての法システム」、「地理学者としての比較法学者——地域ごとの試験的研究」、「政策的イデオロギーとしての法の伝播」、「法的フォルマント」、「法移植」、「法多元主義」、「動物学者としての比較法学者」、「法と開発」の全8節に分かれる)。同書において、マッティらは、①従来の分類が失敗したのは現代の法システム相互間の複雑な関係を完全にとらえようとしたところにある(法システムは一枚岩的な制度ではなく、複数の層から構成されるきわめてダイナミックな存在であるため、その分類は非常に込み入ったものとなる)、②世界の法システムをシヴィル・ローとコモン・ローに2分し、その両者と世界のほとんどすべての法システムとの間の密接な関係(affiliation)を強調するのは、ポスト植民地的状況のもとではきわめて問題であり、「植民地化前に存在していた何らかの『法』をこのように完全に抹消してしまうのは、実のところ、植民地的暴力の強力なイデオロギー的正当化であった。今日の比較法の最先端での挑戦は、法が西洋のプロフェッショナル化された様式とは異なって見えるあらゆる場所には『欠落』がある、と考える西洋中心のバイアスの全系統をいかにして学問から除去するかということである」と指摘

74) Husa, Classification of Legal Families Today Is It Time for A Memorial Hymn?, 2004 R. I. D. C. 11, at 25.

しつつ、シヴィル・ローとコモン・ローの2分法は出発点としては役立つフレームワークである、と述べている。マッティらは、このほかに、目的に応じて、①連邦制、②裁判所の違憲立法審査権、③宗教の強い影響（とくにイスラーム法）、④多元的法システム、⑤法の社会的力の軽重（ここで、前掲マッティ論文の3分法への簡単な言及がある）、⑥エリア研究的アプローチを基準とする分類がありうる、と論じている<sup>75)</sup>。12年前にマッティが提唱した「法の3類型」論は、テキストブックのレベルでは十分活用されているとは言い難いであろう。

マクロの比較における新たな法族論の目的として、比較法の主流に「ラディカルに異なる法観念」を組み込み、地域研究へのマージナル化を避けることと、法的グローバリゼーションに対応した共通の法的文法として役立つとともに、法移植の見込み・法的変革の理由を説明できる分類学を提供することを挙げるマッティの指摘は、法族論の活性化にとってきわめて有益である。法族論の再検討を必要とする理由として、マッティが掲げる、共産主義イデオロギー崩壊後の社会主義法族の意義、比較法学における法シノロジーの重要性の増加、日本法の異常な進歩、イスラーム世界の独自性への認識の深まり、アフリカ諸国の独立の達成、コモン・ローとシヴィル・ローの伝統的区別の相対化も妥当であろう。マックス・ヴェーバーのイデアル・タイプス論を前提に、①法的伝統、②政治的伝統、③哲学的・宗教的伝統のいずれが<sup>ヘゲモニー</sup>主導権を握っているかに応じて、すなわち①'専門家的法（プロフェッションの法）の支配、②'政治的法の支配、③'伝統的法の支配の優先順位に応じて法族を分類するところも、法システムの構造の多層性を理解しやすくするとともに、<sup>ヘゲモニー</sup>主導権の変化による「マクロ比較革命」を説明できるというメリットがある。ただし、その具体的適用にはより慎重な個別研究が必要であり、たとえば、日本においては専門家的法よりも伝統的法の支配が<sup>ヘゲモニー</sup>主導権を握っている、と位置づけるのは疑問である。のちに紹介するマティアス・ジームスの見解における日本法の位置づけを

75) Mattei/Ruskola/Gidi (eds.), Schlesinger's Comparative Law (7th ed. 2009), at 258-270. 同書の序文によれば、この部分の文責はマッティおよびRuskolaの両者にある。

参照されたい。ジームスは日本の法実務に言及し、日本法を「現代ヨーロッパ法文化」の群 (cluster) に属すると説くのである。

(2) フィンランドのフサ (Jaakko Husa) は、「現代における法族の分類——追悼の賛美歌を唱える時か」(2004年)と題する論文においてマッティの研究とフサ自身のフィンランド語による『比較法入門』(1998年)中の分類学とを詳細に紹介し、「以上の分類についての(マッティとフサの)両スケッチは、双方ともに変化を許容し、さらに地理に依存していないので、そのダイナミックな性格が類似している。それでもなお、両者ともにヴェーバーの影響を受けた伝統的な認識枠組み(イデアル・タイプ)を逃れることができず、その結果として実際には彼ら自身のシステムの中に古典的な法族を暗黙のうちに組み込んでいる」(傍点筆者)、ただし、「マッティの提言は実体的分析(substantial analysis)にもとづくのに対し、もう一つの方(フサ論文)は法システムの実体(substance)との関係で中立的である<sup>ニュートラル</sup>とつとめている点で、両ドラフトは基本的に異なる」という<sup>76)</sup>。

フサのアプローチは「変化(Metamorphosis)によるダイナミックな分類」、すなわち「普及力があるか、それとも衰えてゆくのか」という中立的な特質(neutral 'strengthening' / 'weakening' qualities)——進行しつつある変容——にもとづく分類で、「普及力がある」とは、ある法システムが他の法システムに将来拡張してゆくのに必要な潜在的特色を言うが、それは他の法システムよりもすぐれた特質<sup>クオリティ</sup>を有するという意味ではない。このアプローチは、マクロのレベルで、①普及力のある法文化圏(Strengthening Legal-Cultural Spheres)、②衰えつつある法文化圏に分け、それぞれをさらに①'西洋法文化(Western Legal Culture)、②'非西洋法文化、③'混合的(Hybrid)法文化の類型に分割する(③'では法文化の唯一支配的ないし決定的特色を特定できないし、また③'は基本的法族やグループへと向かう途上にあるものではない)<sup>77)</sup>。これを表にまとめると次頁の通りである。

この表の(I)の両法族は相互に接近しつつあり、その特色は第3世界諸国

76) Husa, supra note 74, at 32, 18.

77) Id., at 26-67.



	普及力ある	衰退しつつある
西 洋	シヴィル・ロー, コモン・ロー (Ⅰ)	社会主義法 (Ⅳ)
非西洋	イスラーム法, ヒンドゥー法 (Ⅱ)	アメリカ法, アジア法 (Ⅴ)
混 合	(例) イスラエル法, ケベック法 (Ⅲ)	(例) スコットランド法, ルイジアナ州法 (Ⅵ)

や前社会主義諸国でも存続している「世界の支配的法文化」で、法の支配、憲法上の人権、特殊なリーガル・プロフェッションを中核的要素とするより広域的な——ヨーロッパ起源だがその地理的限界を越えた——西洋法文化 (a wider Western legal culture) を考えることができる<sup>78)</sup>。表 (Ⅴ) については、「一般的に言えば、アフリカとアジアにおいては、西洋法が大幅に継受されたにもかかわらず、オリジナルな法伝統は自らの地位を守ることができた。しかしながら、アフリカとアジアにおいては、外部から導入された法的影響 (たとえば、日本におけるドイツ法、中国における社会主義法) はしばしば旧来のシステムと調整された。旧来の法伝統は法の表面的レベル (成文法) の下にある、法の深い構造にインパクトを与えた」<sup>79)</sup>とコメントが付されている。

フサは、彼とマッティのスケッチは「いずれも明らかにイデアル・タイプのであるから、現代の法世界の多元的現実 (pluralistic reality) をその完全な豊かさのままとらえようとする意図すら持っていない。困難なことは明らかである。すなわち、マクロ比較法のパラダイムの観点およびその方法論的道具から構成されたいかなる分類が、そのようなことを実現できようか」<sup>80)</sup>という。「私は、マクロ比較法および法の比較マクロ社会学 (comparative macro-sociology of law) でさえも、法のグローバリゼーション、現在の法的議論 (legal discourse) のアメリカ化およびヨーロッパ化が原因で、ある程度は、方法論の意味で等しく混乱していると言ったつもりである。基本的限界は、マクロ志

78) Ibid.

79) Id., at 30-31. 表の (Ⅲ) については、ヨーロッパ共同体法が “hybrid law” の特色を有すること (Id., at 28), (Ⅵ) については、スコットランドとルイジアナ州の混合的性格が弱まりつつあること (Id., at 31) が指摘されている。

80) Id., at 32-33. フサは、彼とマッティの提言は相互排他的ではなく、組み合わせても利用可能であるとする (Id., at 33)。



向的でカテゴリーカルな認識の伝統が、21世紀の世界の現実に適応する適切なアプローチを新たに構想できないように思われるというところにある」。フサは新たな多元主義<sup>ブルーリズム</sup>を歓迎し、比較法の将来のためには他の学問分野との協働(co-operation)が不可欠である、と指摘している<sup>81)</sup>。

フサの論稿は、法族の「変化(Metamorphosis)」の相に着目して、「他の法システムに将来拡張してゆくのに必要な潜在的特色」すなわち「普及力」の強弱を基準に、西洋法文化、非西洋法文化、混合法文化の3者をあわせて6つのカテゴリーに再分類しようとするものである。法の伝播・変容を組み込んだ法族論であるといえようが、フサのいう「普及力の有無」とは、何を基準に、いかなる時点で評価するのが判然としない。具体的な分類を見ても、「非西洋法文化」のヒンドゥー法はなぜ「普及力がある」という中立的特色を有し、アフリカ法・アジア法がなぜ「衰えつつある(普及力が弱い)」のか明確な基準が示されていないし、後者(日本も含む)の法文化において、「旧来の法伝統は法の表面的レベル下の法の深い構造にインパクトを与えた」とフサは指摘するが、これもまたあまりに概括的にすぎるであろう(西洋法文化、非西洋法文化、混合法的文化の3分法の当否についてもフサは十分な検討を行っていない)。フサ論文の特色は、「変化」の相に着目して、地理に依存しないダイナミックな——ただし、マッティに比べて「中立的」とはいいがたい——法族論を展開するとともに、「マクロ比較法のパラダイムの観点」による分類(マックス・ヴェーバーの影響を受けたイデアル・タイプの分類)によって多元的現実を把握することは困難であると説き、方法論的に混乱したマクロ比較法や法の比較マクロ社会学に対し、新たな多元主義と他の学問分野との協働の必要性を提言したところにある、と要約できよう。

(3) 比較法学にも造詣の深いベルギーの法哲学者ヴァン・フック(Mark Van Hoecke)の論稿「法文化、法パラダイム、法理論——比較法の新たなモデルをめざして」(1998年)<sup>82)</sup>は、伝統的な「ルールとしての法(law as rules)」

81) Id., at 37-38. フサは、「現代の課題は、法のグローバルな地図を描こうとするマクロ比較法学者のころみに、現代の法システムの経験的現実(empirical reality)を十分に反映させるような、共通のパースペクティヴを発展させることである」という(Id., at 38)。

アプローチが法族論の分類に役立つかどうか疑問であるとし、比較法の対象としては「文化としての法 (law as culture)」アプローチを採用し、それによる法族の分類を行うべきであるとする<sup>83)</sup>。この法文化 (legal culture) を把握する方法として、ヴァン・フックはトマス・クーンの「パラダイム」(paradigm) 概念を導入し、法律家のこうしたパラダイム (法文化の基本的要素) として、①法観念 (a concept of law), ②法源理論, ③法学方法論 (法解釈方法論が中心), ④論証の理論 (a theory of argumentation), ⑤法の正当性 (legitimation) の理論 (法の拘束力など), ⑥共通の基本的イデオロギー (社会における法および法律家の役割, 何が法律問題かについての共通の見解) を挙げる<sup>84)</sup>。

ヴァン・フックの「文化としての法」アプローチでは、まず第1に、法システムは世界的規模の大文化族 (large cultural families) (西洋法文化・アジア法文化・イスラーム法文化・アフリカ法文化) の中に配置され、文化間比較 (異なる文化族に属する法システム間の比較) の場合は、社会における法の現実の役割と機能に着目する人類学的ないし社会学的パースペクティブから行われる<sup>85)</sup>。第2に、同一の大文化族内部での (伝統的意味での) 比較法は、各法システムの前出の6つのパラダイムに即して行われる。第3に、EUを構成するヨーロッパ大陸諸国のように、この6つの領域で同様のパラダイム理論 (the same paradigmatical theories) を有する場合には、コンテキストすなわち法文化が非常に類似しているので、制定法および司法の行動ルールの比較が有益である。この3つのレベルのいずれにおいても、比較法は「統合の手段」(instru-

82) Van Hoecke/Warrington, Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine : Towards A New Model for Comparative Law, 47 ICLQ 495 (1998). なお、本論文は主にヴァン・フックの執筆にかかるものである (Id., at 495)。本論文執筆当時は、ヴァン・フックはブリュッセル・カトリック大学法学部長・教授であり、現在はゲント大学法理論・比較法研究教授の地位にあるようである。英文の著書として Law as communication (2002), 編著として, Epistemology and methodology of comparative law (2004), Methodologies of legal research (2011), Objectivity in law and legal reasoning (2013) がある。The Method and Culture of Comparative Law : Essays in Honour of Mark Van Hoecke (2014) も参照されたい。

83) Van Hoecke, Id., at 495, 502.

84) Id., at 513-515.

85) Id., at 532.

ment of integration) としてアクティブに活用されうる (ヨーロッパにおいては、ディレクティブが各国の法理論に影響するため、こうした「体系相互間の〔intersystemic〕」アプローチが強制される)<sup>86)</sup>。ヴァン・フックが「様式」(ツヴァイゲルト=ケッツ)・「伝統」(ジョン・ベル, メリマン)・「メンタリティ」といった概念を用いずに、「文化としての法」(ルグラン, サミュエル, マーキジニス)を用いたのは、「ルールとしての法」と「統合の手段としての法」の2つの比較法の教義 (tenets) を調整するためであるという<sup>87)</sup>。

伝統的な3法族の区別(ローマ=ゲルマン法族, コモン・ロー族, 社会主義法族)は, 4大文化族の根本的相違を考慮に容れておらず(たとえば, アフリカの法システムをその植民地としての歴史に従って分類したが, はるかに古く影響力のあるアフリカ諸国の文化史は基準としなかった), 法技術・概念枠組とイデオロギーとを混同していた。「文化としてのアプローチ」の中で法システムを比較する場合に, 他の5つのパラダイムに比べ, 共通の基本的イデオロギーは法文化の深いレヴェル (deep level) を形成し, 本質的な役割を果たす<sup>88)</sup>。前述の通りヴァン・フックは文化族 (cultural families) を4つ(大別すれば, 西洋法文化と非西洋法文化の2つ)に分かつが, 西洋法文化(ヨーロッパ起源の法文化で, アメリカとオセアニアを含む)の主たる特色は個人主義と合理主義にあるとする一方で, 「アジアの法文化は個人主義的でも合理的でもないように思われる。中国や日本において非常に顕著に見えるアジアの団体主義的アプローチは, 主に現実の自然的秩序という儒教理論の影響下で決定された。この伝統的東洋思想によれば, 事物の自然的秩序をそこनावないように, あらゆる人はそれを尊重する義務を負う。個人の権利はその自然の秩序に反するものと考えられている。個人は他人および社会に対し権利を有さず, 義務のみを負う」と説いて, 道徳・宗教・儒教理論が重要な役割を果たすアジアの法文化は非合理的で, 共同体への帰属が個人の地位や権利よりも重要である点で団体主義的である, と結論づける。イスラーム法文化, アフリカ法文化も, 法と道徳と宗教とが分離され

---

86) Id., at 533.

87) Id., at 532.

88) Id., at 534, 535.

ていないから、個人主義的・合理主義的ではないとする<sup>89)</sup>。以上のように4つの法文化には法観念・社会における法の役割・紛争解決の方法の点で根本的相違があるため、法的ルールや法制度の表面的比較は無意味であって、文化の横断的比較 (cross-cultural comparison) には社会学的・人類学的パースペクティブがもっとも適切である、とヴァン・フックは述べている<sup>90)</sup>。

以上のヴァン・フックのアプローチに対しては、混合法システムやダイナミクス of 要素 (element of dynamics) を組み込む余地に乏しい、との批判がある<sup>91)</sup>。しかしながら、比較法文化論を基調とし、異なる4大文化族間での比較は社会学的・人類学的アプローチ、同一の大文化族内の比較は法文化の基本的パラダイムに即したアプローチ、同一のパラダイム理論を有し非常に法文化の類似した諸国間では制定法と司法の行動ルールを比較するアプローチと使い分ける手法は興味深いものがあり、アジア・アフリカ諸国をも対象とする「グローバル比較法」と伝統的・機能的比較法とを融和させる可能性を宿すところみであるといえよう。ただ、フックにはアジア法文化は非合理的で共同体への帰属を重視する点で団体主義的であるとする偏見があり、対等な法伝統の共存と交流および「コスモポリタン国家論」を説くパトリック・グレンのような開放的な立論にわれわれは学ぶべきであろう。その前提のもとで、異質で法文化族に属する諸国であっても、後述するランドマークの著書のようなマクロの比較をこころみる余地があるのではなかろうか。異質の法文化を並列するのみでは、比較による認識の深化は期待できないのである。

(4) ヴァン・フックは、その論稿の序論の部分で、比較法を「ルールとしての法」の比較から解放するための“key concept”として法文化概念を用いる代表的論者はジョン・ベル (John Bell) であると述べている。フックは、法文化とは「価値、実務、概念が法制度の機能と法テキストに統合される特定のやり方」であるするベルの定義から出発し、「法と法実務は、それらが属する文化のひとつの局面である。法システムを区別することは、法共同体および法文

---

89) Id., at 506-508.

90) Id., at 508-510.

91) Husa, *supra* note 74, at 26, N. 65.

化を区別することを意味する。法族を比較し区別するのは、これらの法秩序および法文化を、それが所属する社会文化のより広いコンテキストの中に配置する場合にのみ、可能である。もし法族を区別したいのなら、世界における文化族の簡潔な概観を行っておくのが賢明であろう」と提言するのである<sup>92)</sup>。

比較公法・フランス法・比較司法制度の研究者として著名なジョン・ベル(John Bell)(1953年生, 2001年よりケンブリッジ大学教授)は, ①『フランス憲法』(1995年), ②『フランス法文化』(2001年), ③『ヨーロッパの司法(Judiciaries)』(2006年)のほかに, 共著の④『フランス法原理〔第2版〕』(2008年。初版は1998年), ⑤『フランス行政法〔第5版〕』(1998年), 編著の⑥『比較法文化』(2007年)を発表しており, さらにケンブリッジ大学出版局より刊行された⑦『ヨーロッパにおける不法行為法の発展の比較研究』シリーズ(全9巻, 2010年・2012年)の編集総代表をつとめるなど, エネルギッシュな比較法研究を展開している<sup>93)</sup>。

ベルの論稿「イギリス法とフランス法——差異は少ない?」(1995年)は, 偉大な比較法学者ローソンがその著作『コモン・ロー法律家がシヴィル・ローを見る(A Common Lawyer Looks at the Civil law)』(1953年)で検討したのと同様のテーマ——コモン・ローとシヴィル・ローのシステム間のいくつかの差異を引き出すこと——について, 自らのパースペクティヴを確立することが目的である, という。現代比較法学の巨匠マーケジニス(Basil Markesinis)が主張しているように, 比較は特定の法分野の精密な研究を基礎とすべきである。し

92) Van Hoecke/Warrington, *supra* note 82, at 498.

93) それぞれ, ① French Constitutional Law (1995); ② J. Bell, French Legal Cultures (2001); ③ Judiciaries within Europe (2006); ④ J. Bell/S. Boyron/Whittaker, Principles of French Law (2ed. 2008); ⑤ N. Brown/J. Bell, French Administrative Law (5th ed. 1998); ⑥ J. Bell (ed.), Comparative Legal Cultures (2007); ⑦ D. Ibbetson/J. Bell (eds.), Comparative Studies in the Development of the Law of Torts in Europe (9 vols. 2010, 2012)である。このほか, J. Bell/Stevens, Cross on Statutory Interpretation (1995), ベルの“doctorial thesis”にもとづく J. Bell, Policy Arguments in Judicial Decisions (1983)がある。『オックスフォード比較法ハンドブック』, Örüçü/Nelken (eds.), Comparative Law: A Handbook (2007)には, それぞれ「比較行政法」の概説を執筆している。

かしながら、個別のシステム内で、法律家が特定の問題にアプローチする際のコンテキストを提供する法伝統の特色 (some features of a legal tradition) が存在する。ベルはこのように述べて、具体例によりつつ、かつ結論の一般化には慎重な態度をとって、英仏2つのシステムの一般的考察を行おうとする。たしかにヨーロッパの法文化は多様であるが、単なる訴訟手続、リーガル・プロフェッション、法制度のレベルでの相異を越えて、法律家はどのように思考するのか、特定の法システムの中で法律家たらしめるものは何かといったより根本的な (fundamental) 差異を中心に考察を進める<sup>94)</sup>。

ベルは、法システム間の差異を示す根拠 (grounds) としてこれまで文献に多くのものが掲げられてきたが、いずれも完全に満足はできないとする。すなわちベルは、従來說かれてきた根拠として、①法概念 (concepts. ローソンは、代表的な法概念そのものがシヴィル・ローとコモン・ローとでは異なる、と指摘した)、②イデオロギー (類似の法概念でも、異なったイデオロギーの枠組み中で用いると違った意味となる [ルネ・ダヴィッド]。政治的に類似した社会の分析においてすら、イデオロギーの地位は無視すべきではない)、③法システムの様式 (style. ツヴァイゲルト/ケッツ)、④メンタリティ (マーキジニス)、⑤伝統 (メリマン) を挙げ、「私自身のアプローチはメリマンに近く、法は単に規範と価値の体系ではなく、特定の法共同体のプラクティスとアプローチの集合でもあって、これらの特徴が一体となって伝統を形成する、とこれまで示唆してきた」と述べている。すなわち、法とは、ルールや法概念の集合を特定の方法で使用する、社会慣行の一部としての伝統であって (法源に権威を付与し、その解釈を決定するのは、共同体のプラクティスである)、法伝統からメンタリティが生まれ、法伝統が法文化を形成する。これまで比較法学者が英仏両システムの重要な相違点として強調してきた「法伝統の特色」(すなわち、①法概念および概念主義 [conceptualism]、②法的推論および法的議論 [legal reasoning and argumentation]、③社会における法の役割) にベルは集中するのである<sup>95)</sup>。

ベルの結論を要約する。①法システム間の重要な相違を発見するためには、

94) J. Bell, *English Law and French Law—Not So Different?* C. L. P. 1995, 63, at 63, 65–66.

95) *Id.*, at 66–70.

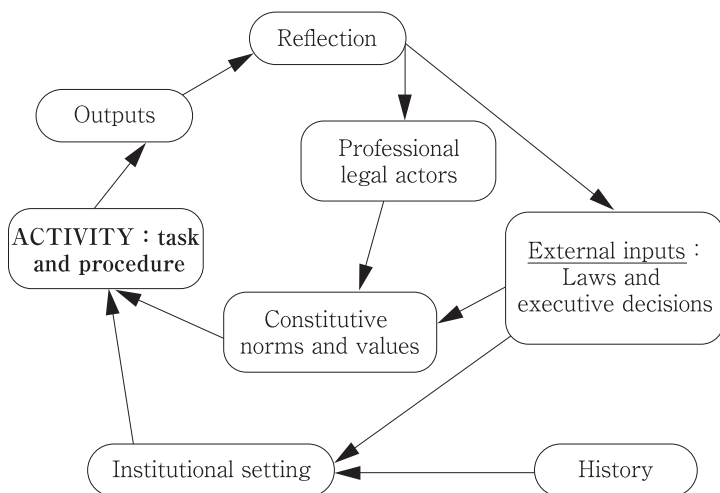


法文化全体の基本的な要素 (key elements) に着目する必要がある。②訴訟手続、プロフェッション、司法制度は、外国人を混乱させるもっとも直接的な法システムの特色であるが、それ以上の根本的な相違が英仏法システム間に存在するかどうかは、きわめて疑わしい。③法思考のための最も重要な推進力となるのは、法と法律家が実現しようとしている価値である。④法律家は基本的に法概念に対し道具主義者の (instrumentalist) アプローチを採っており、フランス人はイギリス人と同程度にプラグマティックで道具主義的である (たとえば cause 概念)。両国で異なっているかもしれないのは学者による法への伝統的関心と法の提示<sup>プレゼンテーション</sup>であり、フランスの法的推論 (legal reasoning) は三段論法のかつ演繹的であるとする学者の評価は、法的議論の実体ではなくその表現形式 (判決や学者の著作のスタイル) に着目することから生まれた幻想である (検察官の統括意見書、準備手続裁判官の報告書 [rapport of the reporter judge], 学者や裁判官の評釈<sup>ノート</sup>といった広い形式の法律文献を参照すれば、これが幻想であることは明らかである)。⑤コモン・ローとシヴィル・ローの法解釈の相違を指摘する論者は圧倒的に学者の著作に依存しているが、学者法 (academic law) は、他の学問分野のパラダイムに依存して信用を高める傾向があり、科学としての法というパラダイムとテキスト分析という技術的パラダイム (arts paradigm of the analyse de texte) とを過度に使用するおそれがある。⑥英仏のシステムにおいて法律家は実質的に同様な方法で思考するが、法はそれ以外の社会制度のネットワークと調和しているひとつの社会制度であって、これらはともに社会的・政治的文化を形成するものであるから、法律家に期待されている活動は同一ではない (法制度の価値はコミュニティによって社会的・政治的に規定される)。⑦現代ヨーロッパというコンテキストのもとでは、ヨーロッパ人権条約および EU に由来する共通規範の枠内で活動するのであるから、英仏の法律家の法的思考方法にラディカルな相違は認められない。他の法システムの間でもかなり容易に同様のことが指摘できる<sup>96)</sup>。

以上要約したベルの論稿「イギリス法とフランス法」は直接に法族論を展開

96) Id., at 97-101. 前注 93) の文献②で、ベルは彼の法文化概念をさらに精緻化しており、マクロの比較にきわめて有益である。

## A map of legal culture



するものではないが、比較法文化論の立場から英仏両国の法律家の思考方法を検討し、そこにラディカルな差異は認められないとしており、マクロの比較のすぐれた一例といえるであろう。なお、ベルは後年刊行された『フランスの法文化』の第1章「法文化」において、自らの方法論を次のように述べる。「広い用法において、文化概念の中心にあるのは、あらゆる思慮深い実務家に典型的な行動学習サイクル（action learning cycle）である。アウトプットにいたる活動（activity）がある。このアウトプットは、活動を再定義する構造的な規範と価値（constitutive norms and values）を調整する専門的な法的関与者（professional legal actors）による省察（reflection）を生じさせる。私は、専門的な法的関与者のこうした行動学習サイクルに、外部的な法的関与者——とりわけ、構造的な規範と価値のみならず、活動を行う方法にも影響を与える制度的背景（institutional setting）に対しても直接のインプットを及ぼす立法者と行政機関——の省察とインプットをさらに付け加えた。この構図の最後の要素は、歴史も制度的背景を決定するということである」。この分析をベルは先のように図示している（「法文化のマップ」）<sup>97)</sup>。マクロの比較法文化論の分析枠組みとして有益である。ジョン・ベルの比較法文化論、とりわけ法伝統論に対する批判は、



次項(5)の(ix)(C)で補足したい。

(5) ライマン／ツインマーマン共編の『オックスフォード比較法ハンドブック』(Reimann/Zimmermann [eds.], *The Oxford Handbook of Comparative Law* [2006]) は、法系論の基礎に関する論稿として、グレン「比較法族および比較法伝統」(同書 12 章)、ヴォゲナウアー「比較法における法源と法的方法」(27 章)、グラツィアデイ「移植と継受の研究としての比較法」(13 章)、デュ・ブレッシ du Plessis「比較法と混合法システム (mixed legal systems) の研究」(14 章) を含むにとどまる。同書の書評者である比較法学者 Xavier Blanc-Jouvan は次のようにいう。『『ハンドブック』に、諸法システム (legal systems) を法族に分類する新たなところみ(長らく比較法学者のお気に入りの遊戯であった)が見当らないことは興味深い。実のところ今日では、そのような努力の有効性について疑いが深まりつつある。ジェームズ・ゴードリーは、各国において、一貫した統一体ではなく『歴史的に受け継いだルール混合物 (amalgam)』に直面するという限りで、『国家単位の法システム』(national legal systems) の存在そのものを疑っている。ゴードリーの見解によれば、哲学的原理と経済的目的において統一性が認められる場合にのみ、真の『体系<sup>システム</sup>』が存在しうるのである。かつては権威ある論者によって広められた法族の概念は、今日では実態を表わすのに静態的にすぎて適していないと見られており、より流動的な (fluid) 法伝統の観念に地位を次第に譲りつつある。その変化はパトリック・グレンの……論稿によって十分に分析されている』<sup>98)</sup>。

このような『ハンドブック』における法系論・法族論に対する消極的評価は、編者ツインマーマンの大著『債務法——ヨーロッパ大陸法伝統 (civilian tradition) のローマ的基礎』(1990 年) の「序」に示された見解の反映といえよう。すなわちツインマーマンは、『『ヨーロッパの』ユス・コムーネおよび『イングランドの』コモン・ローは、しばしば言われているほどかけ離れてはいない』とし(すなわち、16・17・18 世紀のヨーロッパ大陸のユス・コムーネは、かなりの程度まで法律家の解釈と判例理論とによって発展した判例法であるなど、今日イン

97) Bell, *French Legal Cultures* (2001), at 21-22.

98) Xavier Blanc-Jouvan, Book Review, 56 *Am. J. Comp. L.* 1075, at 1080-81 (2008).

グランド特有とみなされるような特色を示していたし、イングランドも現実にはさまざまなチャネルで大陸ローマ法の影響を受け、ヨーロッパ大陸の法文化から完全には切り離されてはいなかった)、ローマ法を中核とするヨーロッパの法伝統の基本的統一性 (the basic unity of the European legal tradition; the “civilian” tradition) を強調し、ユス・コムーネが、いつか出現するであろう新たな統一ヨーロッパ法 (a new European legal unity) の知的・学理的フレームワークを提供すること、比較法研究のための共通の基盤を探求し、共通の「西洋」文明を背景に法的解決の比較をこころみるのは実り多い作業であること、を説くのである<sup>99)</sup>。要するにツインマーマンは法族論の分類学よりもユス・コムーネに関心があることになる。

(i) さて、『オックスフォード比較法ハンドブック』第12章は、『世界の諸法伝統』および『普通法論』(On Common Laws)で著名なパトリック・グレン Patrick Glenn (カナダ・マクギル大学教授)の論稿「比較法族および比較法伝統」である<sup>100)</sup>。グレン論文は、①序、②分類の<sup>プロジェクト</sup>もくろみ、③分類と静止状態 (stasis)、④分類・比較・衝突 (牴触)、⑤ヨーロッパ中心主義、⑥法族・法伝統・世界の諸法、⑦結論の7節から構成されている。

まずグレンは、「序」においてこう述べている。①世界の諸法は多様であるため、これを集合化するかもしれないかテゴリーに分類するというプロセスをたどることには、抵抗しがたい。②前世紀の比較法学者がきわめて頻繁に用いたのは、法の「家族」という分類概念である (ダヴィッド René David の『現代法の主要体系』[Les grands systèmes de droit contemporain]でも、その表題にもかかわらず、“legal systems”の観念は殆ど放棄され、法族の観念に傾斜している)。こ

99) Zimmermann, The Law of Obligations : Roman Foundations of the Civilian Tradition (1990), Preface, ix-xi. 序文は1989年に書かれたものである。小川浩三「R.ツインマーマンの比較法学とローマ法学」戒能通厚=石田真=上村達男編・法創造の比較法学：先端課題への挑戦 (2010年) 160-164頁も、ツインマーマンの法伝統論に言及する。

100) Glenn, Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions, in : Reimann/Zimmermann (eds.), The Oxford Handbook of Comparative Law (2006), at 421. グレンの本論文については、五十嵐清「法伝統 (legal tradition) とはなにか」鈴木祿弥先生追悼論集 民事法学への挑戦と新たな構築 (2008年) 67頁, 85-89頁。なお、グレンは2014年10月に死去した。

の法族という実定的・構成的なメタファーは、過激な法的ナショナリズムの時代には有益であって(時代の産物である)、自立した国家単位の諸法システム(autonomous national legal systems)という理念を受容・強化した。③ここ数10年の間に国家は衰退し、新旧両形式の法が影響力を増しつつある結果として、ダヴィッドおよびツヴァイゲルト／ケッツ Zweigert／Kötzのテキストをもって分類志向(the taxonomic orientation)は殆ど終わりを告げ、法族の概念も影響を失いつつある。④過去4分の1世紀の間に「法伝統」の観念が世界の諸法を理解する支配的パラダイムとなり、静態的で孤立した存在である諸法体系<sup>システム</sup>と法族とを越えたところに目が向けられるようになった。⑤それにもかかわらず、法族論は現代比較法学の構<sup>イマジネーション</sup>想の一部を依然として支配しているので、法族と法伝統という2つの広汎で不明瞭な(imprecise)観念の再評価が必要である<sup>101)</sup>。

(ii) グレン論文の第2節「分類の企て」(ないし「分類学の研究」)では、次のように論じている。①学問分野としての現代比較法学は、19世紀ヨーロッパにおいて、「全体にアーチをかける法概念が崩壊したこと」(the decline of over-arching concepts of law)に対するリアクション、法典化と先例拘束性の原理(stare decisis)の発展による法の国家化(nationalization)への対応として発生した(19世紀を通じての比較法講座・比較法協会の創設と1900年パリ比較法国際会議の開催)。この新しい学問を当時のより大規模な政治的・精神的動向の中に位置づけることが重要である。②まず政治的動向としては、ヨーロッパの国民国家の法的統一によって新たな法・法制度が創造され、キリスト教の一体性と普遍的自然法を根拠に広く支持されたが、近代法の技術および近代科学と架橋するために、新しい法システムの実定的記述にとどまらず、その相対的性格を示して実定的制度を越える比較法学が新しい科学の中核となった、という状況が指摘される。③精神的動向として、自然科学とりわけ生物学における比較研究と社会的ダーウィニズムとが比較法学の科学性に大きく影響している。前者は、18世紀中葉のリンネの分類学に始まり、19世紀の比較解剖学(キュヴ

101) Id., at 422-423.

イエ), 比較生物学, 比較言語学に続く。科学的進歩は人間知識の全分野の分類と体系化の結果であるから, 科学における家族概念 (the notion of families in science) が人間の家族を越えて拡張される。分類のためには, 多様なクラスの境界を固定することが必要である。また, 後者の社会的ダーウィニズムは, 19世紀の重要な科学的仮説であって, 進化の終点がヨーロッパ社会の現状と一致すると説いて植民地化の正当化根拠を提供し (分類学を前提に, ヨーロッパ以外は原始社会であるとする), 植民地化が終わったのちも, 科学的分類にもとづく独立科学としての比較法の出現に大きく貢献した。しかし, 比較法においては, 分類の基準 (分類のプロセスをコントロールする法族の確定) に努力が集中するにとどまり, 法源の多様性ゆえに, すべての国家法をもれなく個別の法族に割り当てるのは困難であるとされていた。④国家法システムの基礎にあり, これに浸透している伝統とは, 規範的な情報 (normative information) にすぎず, 法族のような分類のための概念ではない (一定の基準による排他的カテゴリー化の対極にある) のであって, 各国家法の形成に法伝統がどの程度影響を与えているかを探求することになる。規範的情報として法伝統は “self-identifying” (自己同一的) であり, その内容と同一性 (“identification”) ゆえに支持されるのであるが, 各法伝統のコアにある情報は, 他の法伝統から生ずる情報によって補完されうるもので, 法伝統の境界はぼやけた状態にある (fuzzy)。そもそも法伝統は, 19世紀および西洋法族の法科学主義 (legal scientism) に先行するものであって, 法族という観念は現在では影響を失いつつある特定の法伝統のあらわれにすぎず, より古くて一般的な法伝統が顕在化してきているのである。法族と法伝統との間に根本的対立はなく, その時代と一般性の点で異なるにとどまる (ルネ・ダヴィッドも, 法族は「生物学的実体」に対応するものではなく, 理解のための手段にすぎないと説いており, その著書の大半は世界の主要な法伝統の説明にあてられていると考えられる)。「伝統とは前進する規範的情報で, 分類ではなく受容 (compliance) をもたらす。この基礎にある (法族との) 違いが, 世界の諸法の関係とその理解にとって重要であろう」<sup>102)</sup>。

---

102) Id., at 423-426.

(iii) 第3節「分類と静止状態」では、グレンはこう論じている。①法族概念は「静態的」(static)であり、法生活の過程における変化に対する理解を妨げ、人間理解の大きな障害となると批判される。②他の分類方法と同様に、分類の対象すなわち大量の法的情報を少なくとも一時的に固定し、世界における情報の現代的な流れを凍結する点で(分類のプロセスはまったく共時的なもの[synchronic process]である)、法族概念は本質的に静態的なのである。自然科学における分類は対象の物理的安定性を基礎としていたが、法システムは思考の産物であって、このような安定性は存在しない。しかるに法伝統は前進する規範的情報であり、時を超えたその持続性から、規範として通用する力(normative force)が生ずる(法族概念からはこの規範性は生まれない)。伝統に訴えることは、きわめてラディカルな変化・現在の行動の正当化根拠となる(18世紀の諸革命の担い手は、ギリシア的合理性の伝統に復帰した)。③伝統がどのようにして時を超えて伝えられるかという、まず情報の獲得があり、アクセス可能な形式で獲得された情報は行動の基準となって次の世代に伝達され、伝統として確実に残るようになる(続く世代は、伝統の枠内でヴァリエーションを発展させることもある)。生ける伝統は、持続する再帰的・通時的(reflexive, diachronic)プロセスとして機能する。現存する集団に伝統の情報が支持・信奉されていない場合のみ、「静態的な」伝統と認められるが、情報が利用可能であれば生ける伝統として復活することもある(生ける伝統は、安定と変化との間の振幅のプロセスである)。④法伝統の中には、法の形式的定義を強調しないものもあるけれども、いずれが法であるかは、時を超えて作用する伝統の結果として特定される(identification)のであるから、純然たる法の概念を欠いていても不利ではない<sup>103)</sup>。

(iv) 第4節「分類・比較・衝突(抵触)」を検討しよう。①法システムの分類学は自然科学からの借用に始まるが、科学における説明概念のもつ説明能力にも強弱がある。カルナップ Rudolf Carnap は、分類・比較・量的概念(quantitative concepts)の中では分類概念がもっとも単純で有効性が低いとす

103) Id., at 426-429.

る。比較概念は、比較の対象間の「関係」を説明する点でヨリ精度が高く、語源的にも、元来「関係的」な概念で、評価・判断の目的で集めるという意味である（ラテン語の“cum”は“with”，“par”は“equal”に相当する）。「伝統」概念による法システムの分析は、真の比較に相当する。②分類のプロセスは、法システムを静態的な存在としてその現在の特色に従って把握するので、法システムの時を超えた発展や、相互の関係・影響を無視してしまう（法システムは、境界で区切られ、内部要素の相互作用を特色とする、内部志向的な「全体」であって、原則として外部への関心をもたない）。比較法における分類学派（法族論者）は、真の意味での・アクチュアルで積極的な比較（すなわち，“bringing together of laws”）に達していないため、大半の比較法は——外国法システムの記述を主目的とする——「外国法」と呼ばれる（メリマンの評言）。科学としての比較法学が出現した19世紀は、法的ナショナリズムがもっとも高揚した時代であるとともに、自律的な法システムへの分類学が、法システム相互の関係を概念化する手段としての牴触法の観念を発達させた世紀でもあった。③法システムおよび法族の観念とは異なって、法伝統は、明確な境界と体系的性格を欠くという特色があり、規範的情報であるがゆえに場所的・カテゴリー的制約を受けないから、本質的に比較を促進し、相互に接触して影響を与え合う。すべての法伝統は必然的に他の法伝統との関係についての教示を含むものである。ラディカルな相違があっても、法伝統の観念に内在する比較のプロセスの障害にはならない。法システムおよび法族の観念が2世紀にわたり西洋の法理論・比較法学を支配したが、諸法伝統の比較は、世界の大半の裁判実務・法実務のレベルで活用されていた（たとえば、属地的な法システムの観念ではとらえきれないヨーロッパの旧植民地の法とヨーロッパ法との比較、あるいはヨーロッパの普通法とローカル・ローとの比較。ヨーロッパの普通法は、多様な解釈の比較プロセスを通じて、多様な地域法〔particular laws〕との調和をはかってきたので、ヨーロッパ法史はきわめて参考になる）。排他主義的な法理論が影響力を失いつつある現代では、同一のテリトリー内で通用する複数の法を調和させるテクニック（techniques of reconciliation）を、法伝統の相互調和の教えから学ぶ必要がある<sup>104)</sup>。



(v) グレン論文の第5節「ヨーロッパ中心主義 (Eurocentrism)」の要約に進もう。①「ヨーロッパ中心主義」とは、過去のヨーロッパの植民地主義を矯正して、世界関係の新たな均衡をもたらそうとする精神的動向である「ポスト植民地主義」(postcolonialism) の出現と密接に関連している。特に非ヨーロッパ的現象に対する歪んだ理解を生む場合には、非難の意味をこめて使われる表現である。ヨーロッパ中心主義的態度が非ヨーロッパ法の長所の理解を妨げるならば、世界の諸法の調和 (reconciliation) は困難となる。②法族の観念およびそれを含む分類のプロセスは、それらがヨーロッパ由来の法に集中していて、非ヨーロッパ法をそれだけ軽視している (corresponding marginalization) がゆえにヨーロッパ中心主義的である、と一般に批判されている (たとえば、ルネ・ダヴィッドの著書は、シヴィル・ロー、コモン・ロー、社会主義法、残りをまとめて「法と社会秩序についてのその他の概念」と区分している。また、ダヴィッドは、他の諸法と比べものにならないほど影響の及ぶ範囲が狭いという理由でユダヤ法を除いているが、これでは精神的・歴史的影響よりも人口統計学的現状を重視することになる)。西洋法伝統 (western legal traditions) は、法システムの概念を発展させ、法に従って生活するのみではなく法族概念によって法を記述 (describe law) する唯一の法伝統で、法族論とは国民国家とその法システムを分類する <sup>プロジェクト</sup> 企てであるから、西洋法の影響を受けた法システムのみが法族に含まれることになる (法族論には、西洋の法概念・法システム概念へのバイアスが内在している)。非西洋法は法ではないと考えられるか (ダヴィッドのいう「社会秩序についてのその他の概念」)、国家が承認した限りで分類学のプロセスにおいて意味をもつ法と考えられる。分類学的比較法のこの排他的傾向は、19世紀および20世紀の比較法思想の産物とみることができるが、その思想自体が西洋法および西洋の法学教育に深く根ざしている (現代の法学教育の原点である12世紀には、単一の普遍法 [ius unum] を志向する神聖ローマ帝国と教会の影響を受けて、西洋の法律家は単一の法 [元来は、ローマ法に由来する普通法] を教授しており、ヨーロッパの “iura propria, the laws of the people” はほとんど教えられて



いなかった。比較法教育も自然法の観念と密接に結びついていた)。③法族概念から法伝統概念への移行は、多様な諸法を理解するためのより開放的・客観的な手段への移行である。法伝統は、法族ほど西洋法思想の重圧を受けていない規範的情報であるから、宗教法も法伝統の中に含めることができ、非体系的な法の比較を通じた理解も可能となる。法伝統の場合には、カテゴリー化という分類プロセスに含めるために国家システムというフィルターを通す必要がなく、国家とその法システムは実定的な構造物ではなく、多様な法の出会いと（可能であれば）調整の場となる<sup>105)</sup>。

(vi) 第6節「法族、法伝統、世界の諸法」は、以下のように分析する。国家のフォーマルな法の影響力が減少して新旧両形式の法の影響が増大し（現代社会の要請に応じた新たな形式のトランスナショナルな法が生まれている）、人口の移動が加速されてすべての国家に非国家法（non-state law）に従うマイノリティが含まれるようになるといった現状に、法族・法伝統の概念はどこまで対応できるのか。法族論において絶えず問題となるのは分類基準である。分類の数と多様性（比較法学者の数だけ分類が存在する、と言われてきた）それ自体が法族論の失敗を物語っている。失敗の第1の根本的理由は、限られた数の基準に従って分類しようとする分類学者の性向にある。すなわち現在の流動的状况に対応するには全体としてプロジェクトが粗雑・単純にすぎ、分類対象の特性が増加すればするほど分類システムの信頼性と実用性は失われてゆく。第2の根本的理由は、分類学者が決めた基準に諸法伝統を従わせようというプロジェクト全体にある。主要な法伝統はそれ自体包含的現象（encompassing phenomena）で、そのような複雑な規範的現象に対する現代的基準——世界のすべての法を尊重し、その相互間のダイナミズムを反映するような方法で、それらを包摂し秩序づけるような基準——を比較法学者が構築することは、たとえ法伝統の知識をもってしても不可能である。結局、分類のためのいかなるシステムも恣意的であるとして世界の諸法を個別に比較する方がより科学的・前進的なプロセスであり、法伝統の概念は、その非実定的性質が世界における法規範性の動向に適

---

105) Id., at 434-436.

合しているがゆえに、このより科学的なプロセスと完全に両立する（法伝統相互間の関係は国家のテリトリーとほとんど無関係になってきている）。法システムの発生の地であるヨーロッパでも、国家法の不備を補うために法伝統を法源として容認すべきであると説かれていて、ここでの伝統とは比較法——マクロの分類プロセスではなく、争点ごとに多様な解決を持ち寄ること——を含む。諸法伝統は、程度の問題として共存することができ、一定のテリトリーでオーバーラップして適用される諸法を概念化する（conceptualization）ための手段を提供する<sup>106)</sup>。

(vii) 最後に、グレンは次のように結論づける（第7節）。法族の概念は、19世紀および20世紀の法的科学主義・法的ナショナリズムの時代に西洋の観点から他国の法をとらえたものであった。そこでは、国家法システムとその分類的記述が可能であることを前提としており、マクロのレベルでの比較法が行われたが、法族への分類基準を固定して自立的静態的な法システムを現実と比較することは困難であった。20世紀後半におけるコミュニケーションの加速化によって、新旧両形式の国家法が抬頭したため、国家法システムを自立的・主権的に把握することがますます困難となった。法伝統とは、規範的情報と考えられる諸法の間関係を理解するための概念である。法伝統の概念は、多数の法源とその順位・等級とを、それらの規範性の力（force of their normativity）において調整する概念であるから、一定のテリトリー内でさまざまな影響を伴いながら適用される法がありうるのである。法伝統を比較するプロセスとは、いかなる問題が生じてもっとも公正な解決を達成するために、比較される生成中の存在（ongoing existence）（の既得権）を害することなくそれらを集合させる（bringing together ; com-parare）という、古くからあるプロセスなのである<sup>107)</sup>。

以上が、『オックスフォード比較法ハンドブック』で解かれているグレンの法伝統論である。グレンの『世界の諸法伝統』によって、法伝統相互間の「調和」の問題を補足しておこう。

106) Id., at 437-439.

107) Id., at 439.

(iii) グレンの『世界の諸法伝統』の最終章は「諸法伝統の調和——法における持続可能な多様性 (sustainable diversity)」と題され、伝統の多様性 (multiplicity), 諸伝統の調和, 法における持続可能な多様性の3項目を検討する。

まず第1に, ①同書で取り上げた7つの法伝統以外にも法伝統は存在しうる (限定列举ではない), ②すべての法伝統はの中にさらに内部的法伝統 (internal traditions) を含む (純粋な法伝統は存在しない), ③多くの法伝統にまたがる横断的法伝統 (lateral traditions) がさらに存在する (決疑法 [casuistry], 類推 [analogical reasoning; qiyas], 法における構成的・解釈的合理性 [constructive rationality in law; ijtiḥād], 根本主義 [fundamentalism], 専門家の役割のほか, 普遍主義 [universalism], 寛容の伝統など), とグレンは「伝統の多様性」において論ずる<sup>108)</sup>。

第2に, 「諸伝統の調和」の項では以下のように説く。①すべての法伝統は内部的か横断的かはともかく, このようなサブ伝統 (sub-traditions) を包含するが, 相互に矛盾するような法伝統をかかえ込む能力があり, 絶えずそれらのサブ伝統を調和させているのが, 複雑な大法伝統 (complex traditions) である (そこでは, 多様なサブ法伝統の正統性を認める多価的 [multivalent] 思考方法を採用する), ②多価的思考方法によれば, <sup>トランス</sup>すべてのカテゴリーは曖昧 (vague) であって (程度の問題), 分離しようとするあらゆる努力は恣意的かつ人工的である, ③寛容の理念は西欧の宗教闘争の結果で, きわめて西欧的理念であるから, 大法伝統の複雑さ——大法伝統は, 寛容だからではなく, サブ伝統間の現実の架け橋となっているから複雑なのである——を記述するには適さず, 「相互依存」 (interdependence) ないし「非分離」 (non-separation) といった観念 (それは多価性の基本的特色である) の方がすぐれている, ④複雑な法伝統のアイデンティティは相互排他的ではなく, 普遍化するものではなく, 他の複雑な法伝統に調整の基盤 (grounds of accommodation) を提供する<sup>109)</sup>。

第3に, 「法における持続可能な多様性」では, グレンはこう論じている。①複雑な大法伝統は, その多価性および相互依存性の必然的結果として, 生き

108) Glenn, *Legal Traditions of the World* (4th ed., 2011), at 361-365.

109) *Id.*, at 365-375.

続けている (ongoing survival) (多価性は主要法伝統に安定性をもたらす), ②伝統内の多価性・多義性 (ambiguity) は対外的拡張に対する懐疑を生じさせ, 各々の複雑な主要法伝統はすべてエコロジ的・宗教的・倫理的・合理的真理を表現し, 他の主要法伝統が提供できない社会秩序を世界に提供している (必要多様性に貢献している) のであるから, 法的多様性は長きにわたってわれわれとともにあるように見え, それを維持する努力がなされるはずである, ③調和のとれた多様性 (harmonious diversity) を克服し, 世界における単一の伝統のヘゲモニーを追求することは, 膨大なダメージ, コスト, 世界的コンフリクトが生ずるおそれがあるため, 結局は多様性を積極的に維持することが利益となる (そうした積極的活動は, 世界の法律家間のコミュニケーションを改善する)<sup>110)</sup>。

(ix) (A) 本論文は, グレンが『世界の諸法伝統』で示した成果を凝縮したものであり, 同書の第2版(2004年)に対しては, 「比較法雑誌」(Journal of comparative Law) 創刊号(2006年)において, 「比較法学のフレッシュ・スタートか? — パトリック・グレンの『世界の諸法伝統』第2版の書評集」と題する各分野の専門家による総合的・全体的な書評のころみが発表されている。その中から, ウィリアム・トゥワイニングの総論的書評である「グレンの伝統——概観」, ジョン・ベルの書評「第5章, シヴィル・ロー伝統」を採り上げてみたい。なお, この書評全体を企画したニコラス・フォスターは, 「われわれの中には, グレン教授が住もうとして選んだ一種のガラスの家 (glass house) を住居として選ぶ者はほとんどいないが, 彼のそうした勇氣は認めており, それゆえ (不当な) 石を投げたいという誘惑にはできる限り抵抗した」と注記している<sup>111)</sup>。

(B) まずトゥワイニングは, グレンの『世界の諸法伝統』は, 純粹にグローバルな視座を保ちつつ, 「伝統」をそのコア概念 (core concept) としたことに

110) Id., at 376-379.

111) N. Foster, Introduction, 1 J. C. L. 100, N. 1 (2006). これは, “A Fresh Start for Comparative Legal Studies? A Collective Review of Patrick Glenn's Legal Traditions of the World, 2nd Edition” と題する書評集の総序である。

よって歴史を比較法の中心に据え、「世界史の文脈での法のヴィジョンを提供するとともに、比較法の再<sup>フレッツシュ・スタート</sup>出<sup>112)</sup>発<sup>112)</sup>を予想させる」という<sup>112)</sup>。グローバリゼーションによって形式的法源の規範的権威 (normative authority of formal sources of law) が崩壊し、世界が相互依存的となって、問題解決にはあらゆる伝統に属する法律家間の協力が必要となったために、主要な法伝統を横断する相互理解と対話が可能な広いフレームワークを創造することが目的となる。「グレンにとって、伝統とは時を超えた情報のコミュニケーションである。その概念は、記憶、コミュニケーション、持続、選択を強調する。典型的には、伝統は安定したコア (stable core) を有するが、固定された境界を有しない<sup>113)</sup>。以上の「伝統」という概念は、過去・規範的権威・受容者の積極的関与 (active involvement of the recipients) をとらえるという点で、構成概念 (organising concept) としては、「文化」・「システム」・「法族」・「文明」のいずれよりも明らかにグレンの目的にかなっている。しかしながら、「伝統」は制度・実務・生ける法を無視しているために、きわめて狭い法観念に行きついてしまうとするジョン・ベルの批判は正当であろう (グレンのテーゼの貢献は現実の法的过程や制度の歴史に関するものではなく、観念史 [history of ideas] への貢献と解するのが最適である)<sup>114)</sup>。また、グレンにおいては、法伝統を政治・宗教・道徳などの伝統とどのようにして区別するのか明らかでなく、そのためには法的概念の分析 (法の一般的定義) が必要である。グレンは自らの法伝統の制約を免れるために異なる法伝統に浸入・没頭する (immersing) ことによってパターンを探索するという方法を採用から、二分法や正確な一般的定義よりも連続性 (continuum) を強調し、法伝統をアイデンティファイする抽象的基準に依存しないのであるが、現在のグレンの法伝統の分類基準は一部保守的である (従来の分類に依存する) とともに、固有法伝統 (Chthonic)・アジア法伝統という全く新しい (quite novel) カテゴリーを恣意的に設けており、その有効性は疑問である<sup>115)</sup>。グレンは、法の移植・継受・伝播 (diffusion of law) を比

112) W. Twining, Glenn on Tradition : An Overview, 1 J. C. L. 107, at 108-109 (2006).

113) Id., at 110.

114) Id., at 112.

較法のコアの局面 (core aspect) として扱い、①法伝統間の相互作用のプロセスは歴史を通じて一貫して継続してきた、②情報の対外的コミュニケーションこそが常態である (法伝統の孤立は全くの例外である)、③大半の伝播はインフォーマルである、④大半の影響とは一方的な運動ではなく相互交換である、⑤変化の主たる担い手は必ずしも政府とは限らず、商人・法律家・亡命者などの個人や集団でもある、⑥コモン・ロー伝統とシヴィル・ロー伝統による輸出入は世界史のコンテクストでは物語のごく一部にすぎない、⑦今日では植民地化や帝国主義と密接に関連した強制的継受は存在せず、伝統を支持するのは強制ではなく信念の問題である、と説いている。これはトゥワイニングの結論に類似しており、伝統的比較法の「素朴な伝播モデル」からは遠く隔たっている<sup>116)</sup>。このようにトゥワイニングは論評するのである。

(C) グレンの『世界の諸法伝統』第5章の「シヴィル・ロー伝統」を論評したジョン・ベルは、まず次のように指摘する。①グレンの法の概念には重大な欠陥がある。また、グレンは西欧の法概念一般について貴重な洞察を提供したのであるから、シヴィル・ロー伝統とコモン・ロー伝統にそれぞれ独立の章をあてる必要性に乏しい。②グレンはシヴィル・ロー伝統のヨーロッパ外への伝播を論じておらず、その結果として、法システムの混合についてきわめて僅かしか言及していない (エリュージュと同様に、ベルもシヴィル・ロー伝統それ自体が諸伝統の混合であるとする)。③グレンは混合法システム内部で判別できるような中心的・典型的な法伝統を示しているが、それらの諸法伝統をいかにして維持・発展させてゆくかについては検討していない。ベルは、①グレンの歴史分析、②検討範囲が私法に限定されていること、③グレンの法概念、④伝統が変化するための諸ファクターを、順次批判してゆく<sup>117)</sup>。

まず第1に、歴史についてである。グレンは、「伝統」とは過去の現在への延長 (extension) であるとして、シヴィル・ロー伝統の重要な特色は以下の点にあるとする。①シヴィル・ロー伝統は、比較的単純な社会組織・コミュニテ

115) Id. at 113-114.

116) Id. at 114-115.

117) J. Bell, Chapter Five : Civil Law Tradition, 1 J. C. L. 130 (2006).



イ内部でローカルかつ口頭で発展してきた固有法伝統 (chthonic tradition, folk law) を排除して、新しい社会・政治環境を発展させるという重要な役割を果たした。②シヴィル・ローはローマの遺産であって、集成されたテキストの再解釈が発達した。③技術的・抽象的なルールの重視、ルールや概念による合理的正当化、ディシジョン・メイキングに先行する議論のプロセスといった方法が発展した。④中世以降に、個人中心のヒューマニズムと、法は社会変革の手段であって解釈ないし立法によって変更できるという思想とが、シヴィル・ロー伝統の一部となった。以上のグレンの分析に対して、ベルはこう批判を加える。

①' 中世初期ヨーロッパの状況を記述するのに「固有法」(chthonic law) というラベルは不十分で、独自の慣習を有していたコミュニティはローマ法とカノン法の要素も吸収しており、むしろ混合法システムのように思える。②' コモン・ローに比べ、シヴィル・ローの特異性 (中世教会とカノン法の重要性) が強調されていない。③' グレンはシヴィル・ロー伝統のローマ的特色に集中しすぎている。西欧法伝統は少なくともローマ法・カノン法・地方慣習法・商人法 (mercantile law) の混合 (mix) であり、混合の種類は各国の発展の状況に依存していた。④' グレンが近代シヴィル・ロー伝統の特色としているもの (法典、常設司法機関、裁判官による手続のコントロール、裁判官による立法の禁止、立法者の歴史的prestige) は、どの時点ですべて共存していたのかをより特定する必要がある。⑤' 過去のテキストを再生させるための解釈を行うメンタリテイ (mentalité) も伝統の一部で、その場合には、伝統の歴史的説明はあまり重要ではない<sup>118)</sup>。

第2に、グレンのローマ法的アプローチは私法に限定されている。公法は、ヨーロッパにおける最初の偉大な public administration の法であるカノン法に多くを負っている<sup>119)</sup>。

第3に、情報のネットワークとしての法伝統というグレンの定義は狭きにすぎるとベルは批判する。ベルは、法には多様な局面があるとして、①法コンセプト概念 (法律家は、法的解釈ができるように社会的現実を整理する概念地図 [conceptual map] を学ぶ)、②問題発見の促進 (heuristics)、③法アイディアス理念 (①と②はその法システムに特有の理念と価値を反映する)、④法システムが自らの内容を決定



する権威 (power, authority), ⑤<sup>プロセス</sup>手続としての法, ⑥制度 (institutions) としての法 (法は単なるルールではなく, 制度によって組織される), ⑦規範 (norms) としての法といった局面を指摘し, 「法の性質についてこのような広い観点をとるならば, <sup>インフォメーション</sup>情報に限定するのは狭きにすぎる。これはたかだかルールに限定しているように思われる。法の特徴的かつ抽象的な概念構造の重視は, ローマ法の主要な貢献である。概念構造はコモン・ローと部分的に共有されているにすぎない。コモン・ローは, その個別的・世俗的性格から, 宗教システムとは区別される。その結果として, 法システムの問題発見的特質 (heuristics) は, 宗教的ないし社会的コミュニティの場合とは異なる。グレンの説明は, ローマ革命 (Roman revolution) のこの重要な特色を実際には重視していな

118) Id., at 131-134. 本文中の②'について, バルは次のように詳論する。「(グレンによる) この歴史に加えられるかもしれない批判のひとつは, コモン・ローに比べてシヴィル・ローの特色があまりに制限されすぎているということである。中心となっているのはローマ法の遺産であるが, それはコモン・ローに欠けているわけではない。その結果として, 西欧法伝統の2つの局面に独立した章をあてる必要性は実際には乏しいのである。歴史のヨリ具体的な特色, とりわけ法的手続および法制度との関係でいえば, グレンの説明は中世教会の重要性を十分に強調していない。グレンが明示している多くのプロセス (裁判官主導のプロセス, 常駐裁判官 [resident judges], 書面手続) は, 中世教会とカノン法から生じている。<sup>ナショナル・ロー</sup>国家法の発展に寄与したのは, まさに中世教会の官僚制的性格 (bureaucratic nature) なのである。それどころか, ローマ教会とそのカノン法の持続性が, ローマ法の遺産の復活を可能ならしめたのである。国際的組織としての教会は, ローカルな法の外部に秩序の体系を創造しようとした。教会はヨリ洗練された手続, とりわけ書面手続を必要とした。他の宗教的システムは, 同様な意味で国際化しようとはせず, 判定をローカルな宗教裁判所に委ねていた。ローマ教会のシステムは, 組織的で, 高度に制度化されたプロセスであった。それは手続およびルール作成のモデルを生み, (それ自体, 教会の創造物である) 大学におけるローマ法の平行な発展を刺激し, また支持した。グレンがシヴィル・ロー伝統に帰属させている証拠にもとづく書面手続を創造したのは教会であった。この手続は, 聖職者の——慣習法ないし地方法のヨリ口頭的で証言に立脚したアプローチに対抗する——官僚制的かつ学識的なアプローチから生じたものである。そのアプローチは, 教会の内的必要性から採用され, その後国家に輸出された。実際に, 法典および学問的著作を含むこれらの教会改革と理念が最初に登場したのである。刑事法および公法へと移動すると, カノン法の影響はヨリ大きなものとなる。……多くの点で, 教会法と国家法の対話は, ローマ法と地方慣習法の対話と同程度に, 後者の発展を促した」(Id., at 132)。

119) Id., at 134.

い」<sup>120)</sup>。

第4に、伝統を発展させ変化させる諸ファクターを説明しないのが「情報としての法」という概念のもつ大きな欠陥であり、グレンは法の発展に「制度」(institutions)が果す役割の重要性を過小評価している(たとえばカノン法伝統におけるプロフェッション、憲法裁判所による憲法の創造)、とベルは指摘している<sup>121)</sup>。「グレンの伝統はルールと<sup>アイデアス</sup>理念の伝統であるが、制度的パースペクティブは、移行のプロセスと個人が伝統に参入する方法にも着目するであろう。人々はどのようにして伝統を正しく適用することを学ぶのか。なるほど、個人が参加する教育および職業訓練のプロセスが存在する。伝統的コミュニティに属していれば、使用する法源、解釈の技術、基本的価値を学ぶことが可能となる。もちろん、伝統は各ジェネレーションが発展させるが、継続性も重要な局面である。そのようなコミュニティには、ヴェーバーが指摘しているように権威を伴うリーダー、名望家(honoratiros)がいる。ヴァン・カネヘムによれば、異なった名望家集団(裁判官、学者、立法者)の間の影響のバランスが、多くの法的発展の原因である。ある意味で、グレンはシヴィル・ロー伝統の<sup>ライフ</sup>生命のこうした部分にあまり洞察を示していないが、シヴィル・ロー伝統をイスラーム、タルムード、そしてコモン・ロー伝統からすら区別しているのが、この特色なのである」<sup>122)</sup>。

(D) すでにその法族論を紹介したフィンランドのフサは、グレンの『世界の諸法伝統』に対する詳細な書評の中で、グレンの議論は、“extra-ordinary places”の比較の重要性を強調するエリュジューの業績(後出)にきわめて類似しており、「『世界の諸法伝統』ののちは、比較法学の古いパラダイムに戻ることは全く不可能に思われる」と評価しつつ<sup>123)</sup>、後年発表した「法文化対法伝統——異なった認識論か？」(2012年)においては、「グレンの調和(reconciliation)、多様性、多価的思考(multivalent thinking)は、ヴァルガ(Varga)の人類全体と文化的多様性への寛容な尊重(tolerant respect)に対する関係で

120) Id. at 135-138.

121) Id. at 138.

122) Id. at 139.

は、何ら根本的相違が認められない」とし、法伝統論とヴァルガの法文化論との近似性を説く。フサは、比較法学においてはコンセンサスが成立していない認識概念が多いとし、比較法学の近時の発展として、グローバリゼーションとヨーロッパ化 (Europeanization) による比較法の爆発と、法文化をキー・コンセプトとする比較法的理解の——存在論的・認識論的・方法論的次元での——拡大 (法は比較法の観点からすれば、多くのコンテクストをもつ) とを挙げる。フサは、「法文化」という概念は、マクロの比較の結果を説明するためのものであり、「書物の中の法」を脱して、法をより広い社会—文化的コンテクストの中に置く役割を果たすとする (たとえば、日本法は文化的に儒教的社会伝統を強調すると説いたり、中国法文化をリーガル・オリエンタリズムと呼んだりする)。この種の「法文化」は特定のシステムや特定の地理上のエリアに限られている。しかるに、ハンガリーのヴァルガは、「法文化」や「法伝統」のような比較法の up-to-date な概念により、法実証主義の制約を超えて法を外部から記述すること (external description of law) をこころみた (先の法文化論とは異なった社会的・社会学的・文化人類学的フレームワークを設定した)。ヴァルガによれば、『「法文化」』という用語は、基底にある社会的文化に根ざした社会的活動を通じて、人々がいかに法現象を経験するか、人々が協力してどのように法現象を形成するか、彼らはいかにして法現象を概念化するか、いかなる精神・枠組み・<sup>フレーム</sup>目的で彼らは法現象を理論的表現および操作の対象とするかを表わすことに、機能的・創造的に貢献するものである」(2005 年発表のヴァルガの論稿「法伝統? —— 法族および法文化を求めて」の定義)。従来は比較法で法文化概念が用いられるエリアは限られていて、世界の法が基本的に分断されているとの理解を生んだが (グローバルな法の世界が、横の相互作用を欠いた分離された縦割りのコンパートメントの集合へと縮小し、対立的理解に行きつく)、ヴァルガのいうリジッドでない「法文化」は、法がどのように感じられているのかについて述べ、

123) Husa, Emancipation or Deprivation for the European Legal Mind? The Contribution of the Legal Traditions Approach, Maastricht Journal of European and Comparative Law 13 (2006). この論文は、<http://www.ssrn.com/link/Tilburg-TICOM.html> からダウンロードでき、本稿ではそちらを用いた。グレン『世界の諸法伝統』第2版の書評論文である。

ポテンシャルの要素を含んでいるから単なる記述的概念ではなく、社会慣行 (social habits) に根ざし、社会的協力によって形成され、社会ないしグループの法的メンタリティを語るもので、他の文化に対して寛容であるから、比較法における認識の道具として、グレンのいう法伝統と重要な差異はない。ただし、基本的に「伝統」は認識の道具として「文化」よりもわずかに寛容であり、グレンのいう法伝統間の調和の探求を認めるならば、「伝統」の方が少し好ましい道具である、とフサは譲歩している。フサは、これらのいずれも、21世紀の比較法研究の正当な精神 (justified spirit) である法的多元主義<sup>リーガル・pluralism</sup>と結合する認識理論を含むものである、と位置づけている<sup>124)</sup>。

(x) ブッサーニ／マッティ共編の『ケンブリッジ比較法コンパニオン』(2012年)<sup>125)</sup>は、序文、第1部「比較法を知る」、第2部「比較法の諸分野」、第3部「文明の交流における比較法」から構成され、その第3部は、東アジア法伝統、ユダヤ法伝統、イスラーム法伝統、サブ・サハラ (sub-Saharan) 法伝統、ラテン・アメリカおよびカリブ法伝統、混合法体系 (Mixed legal systems)、デモクラシーと西洋法伝統といった法伝統論を展開している。ただし、そこでいう法伝統とは、たとえば Ruskola が担当する「東アジア法伝統」の章では、「『現実の』法<sup>リアル</sup>をヴェーバーの用語によって形式—合理的なルール<sup>ルール</sup>の体系——それはヨーロッパには存在し、東南アジアには欠けているように見える——とみなすことを避け、ここでは単に『法』というよりもさらに広汎な用語である『法伝統』を用いる。ジョン・ヘンリ・メリマンが法伝統の観念を詳しく説明しているように、それは特定の法的対象に関する法的ルールをいうのではなく、それらのルールの基礎にある文化的に条件づけられた考え (attitude)、そして

124) Husa, Legal Culture vs. Legal Tradition — Different Epistemologies?, Maastricht European Private Law Institute Working Paper No.2012/18. 本論文は <http://www.ssrn.com> からダウンロードできる。本稿はその 3, 5, 6, 7, 19-21, 23, 24, 29-30 頁を紹介したものである。なお、本文中のヴァルガの論文は Acta Juridica Hungaria 46 (2005) 177-197 に発表され、のちに、Csaba Varga, Comparative Legal Cultures (Budapest, 2010) 77-97 に収録された。グレンの法伝統と法文化の評価については、五十嵐・前注100) 90-92 頁。

125) Mauro Bussani/Ugo Mattei (eds.), The Cambridge Companion to Comparative Law (2012).

もっと広くは、政治的組織体、社会、さらには国家間の関係における法の役割についての理念 (ideas) をいう」と説明されており、グレンのような独自の意味は与えられていない<sup>126)</sup>。グレンは、その『世界の諸法伝統』において、各種の法伝統を記述するに先立ち、伝統一般——法伝統という表現はほとんど用いられていない——について2章を設け、飛躍の多い晦渋な文体で延延と議論を展開しているが、すでに紹介したジョン・ベルとトゥワイニングの書評が指摘しているように、情報としての(法)伝統という構成は狭きにすぎるのであろう。そもそもこのような構成は必ずしも定着したものではなく、グレンも「法は本質的に過去からわれわれに伝えられる伝統である」などと指摘する先行業績を援用しているにとどまる<sup>127)</sup>。グレンの特異な「伝統」概念は、情報の相互交換による「法伝統」相互間の調和(と多様性の維持)を論ずるのに便利であるから——情報と構成すれば、交換・交流は容易である——採用されたのではあるまいか。ただし、グレンは同時に「伝統は過去の現在への拡張を意味する」、「アイデンティティへの関心は外部との接触から生ずる」として法伝統の継続性とアイデンティティを確認しており<sup>128)</sup>、特定のエリア研究を比較法学の中に取り込むという従来の「法文化」の役割に代わって、マクロの比較のフレームワークとして「法文化」が活用されるようになると(ジョン・ベル、ヴァルガ、後述するランドマークのアプローチがそうである)、規範的情報の交流が常態であるとか、「いかなる形でも伝統間の<sup>コンタクト</sup>接触があれば、各伝統の総体的なアイデンティティは非排他的(non-exclusive)になる。各伝統は、受容する側の伝統における多様な傾向を支持するような相手方の諸要素を含むのである。今日の世界では、それゆえ、伝統の純粋なアイデンティティは存在しないのである」<sup>129)</sup>とかいったグレンの分析を現代の比較法文化論に導入することは十分に可能であろう。ただ、グレンの法伝統論は、その「観念史」(トゥワイニング)としての性格ゆえに、ジョン・ベルやランドマークのようなマクロの比較

126) Ruskola, The East Asian legal tradition, in : Bussani/Mattei (eds.), Id., at 257, 261.

127) Glenn, supra note 108, at 13, N. 45.

128) Id., at 12, 34.

129) Id., at 34-35.

のためのフレームワークを提供できていないという点に大きな問題があると思われる。

(6) 2008年に“The Boundaries of Unity : Mixed Systems in Action”という混合法システム特集<sup>130)</sup>で編集代表をつとめた比較法学者エシン・エリュージュ (Esin Örüçü) は、法システムの分類について「樹系図」的アプローチ (a ‘family trees’ approach) を提唱している (トルコ出身のエリュージュは、〔オランダの〕ロッテルダム・エラスムス大学、〔スコットランドの〕グラスゴー大学比較法教授を歴任しており、2000年刊行の著書『批判的比較法——移行段階の法システムのパラドクスを考える』では、トルコと中欧・東欧を分析の中心に据え、混合法に関心が深い)。ここでは、2004年の論稿「法システムの樹系図論——現代のアプローチをめざして」によりつつ、その概略をうかがうことにしよう<sup>131)</sup>。エリュージュは、①ここで提唱するのは、理論の構築ではなく、まず第1に“deconstruction process”であるという<sup>132)</sup>。すなわち、②「新たなユス・コムネ」を追求する現代ヨーロッパのアプローチは、ヨーロッパ内部での教育目的には有益であるが、グローバル化の時代においては満足のゆくものではない<sup>133)</sup>。③近時は混合的ないしハイブリッドな法システムへの関心がたかまわてきているが、類似の構成要素 (成分) を含むわけではない法システムを「混

130) The Boundaries of Unity : Mixed Systems in Action, 3 J. C. L. 1 (2008). これはのちに、E. Örüçü (ed.), *Mixed Systems at New Frontiers* (2010) として刊行された。

131) 以下の本文は、Örüçü, *Family Trees for Legal Systems : Towards a Contemporary Approach*, in : van Hoecke (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law* (2004), at 359-375 による。エリュージュの作品では、本文で言及した *Critical Comparative Law : Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition* (2000) のほか、*The Enigma of Comparative Law : Variations on a Theme for the Twenty-First Century* (2004) が著名であり、同書の133頁以下でも法的樹系図論を扱っている。また、Örüçü, *A General View of ‘Legal Families’ and of ‘Mixing Systems’*, in : Örüçü/Nelken (eds.), *Comparative Law A Handbook* (2007), at 169, 173-174 では、‘tree model’ と ‘wave model’ との併用によって法システムの発展を説明しようとする (類似性は系図的關係からのみ生ずるものではなく、隣接するシステム間の「水平的移転」によって、借用した概念や制度がその本来の意義 [original meaning] を失うこともある、という)。

132) Id., at 359.

133) Id., at 361.



合法域」(Mixed Jurisdictions)の名前で一括して新しい法族とするのは不十分である(たとえば、ケベックとアルジェリアを同一法族に含めるのはきわめて困難である)<sup>134)</sup>。④「必要なのは、個別の法システムを新旧の重複と混合(overlaps and blends)に従って評価すること、および、既存の構成要素がどのように混ざり合っており、これらの法システムに入り込んだ新たな要素とどのように混ざり合っているかを評価することである。それゆえ、ここで提唱するスキームは、すべての法システムを——明示的にせよ默示的にせよ——混合的かつ重なり合ったもの<sup>オーバーラッピング</sup>ととらえ、構成要素の混合の比率に従ってそれらをグループ分けするのである。したがって、各法システムにおける構成要素に注目して、各システムを形成する原材料の中でどれが優越的であるか(predominance of the ingredient sources)に応じたより大きな尺度から再度グループ分けを行うことが、不可欠なのである。つねに水平的・通時的分析が要求される。出発点は、すべての法システムは程度に差はあれ重なり合っており、かつ混合している、ということである」<sup>135)</sup>。⑤法文化ないし法伝統に注目すれば、シヴィル・ローとコモン・ローは“parents”(親法)の中の2つにすぎず、パトリック・

134) Id., at 362.

135) Id., at 363. たとえば、①オランダ法はローマ法・フランス法・ドイツ法・固有法の結合であり、イタリア法はカノン法・ローマ法・フランス法・ドイツ法の結合であり(すべてのヨーロッパ法は“overlaps”であると考えた方が、よりよく理解できる)、インドおよびパキスタン法はコモン・ローと宗教法・慣習法の結合、アルジェリア法はフランス法・社会主義法・イスラーム法・慣習部族法の結合である、②独・仏法やコモン・ローそれ自体が、異なった構成要素がオーバーラップした結果である(ヨーロッパ大陸法の古層は、ローマ法・カノン法・大陸の伝統のさまざまなヴァージョン・固有の地域慣習法から構成され、コモン・ローの要素が新たに追加されたもの。イングランドの古典的コモン・ローは、ローマ法・ヨーロッパ大陸の理念(ideas)・カノン法・エクイティおよび国内のコモン・ローの結合である。このアプローチにおいては、上層と下層とが慎重に区別されなければならない。両者の位置が入れかわることがあるからである)、④このアプローチによれば、伝統的な法族内での位置づけが難しかったマレーシア、シンガポール、ビルマ、タイなどのシステムを容易に分類できる(植民地化されたことのないタイでは、イギリス法・ドイツ法・フランス法・日本法・[19世紀末以降の]アメリカ法の法源が真正に混合しており[a real mixture of sources]、それと並んで、固有の文化と伝統・慣習法・ヒンドゥー法学に由来する歴史的な法源が1283年以降存在している。タイの諸法典は元来は英仏語で起草されてからタイ語に翻訳された)、とエリュージュは具体的に指摘する(Id., at 363-364)。



グレンの区分に従えば、その他のショニック（固有土着法）、タルムード、イスラーム、ヒンドゥー、アジアも“parents”（親法）なのである。異なる“parentage”（血統）のシステムおよびサブ・システム間の婚姻によって、多くの重複、交配、相互影響、融合、接木が生じ、「その結果として、法的世界に純粋なシステムは存在せず、隣接した樹木の根と枝の交差と絡み合いのさまざまな程度・水準・諸層から多様なハイブリディティ（雑種性）が生じている」<sup>136)</sup>。⑥比較法学は、フォーマルな立法者と裁判所が法システムを建造するという「トップ・ダウン・モデル」のみに関心を寄せることをやめ、単なる規範的研究よりも広汎なアプローチを採用する必要がある。樹系図の枝の上にヨーロッパ以外の地域を再配置・再編するために、それらの徹底した研究が不可欠である。法的世界の真の・信頼するに足る地図を作成するために、樹系図的アプローチは類似性ととともに差異をも重視し、重なり合いと交配（overlaps and cross-fertilisations）をつねに意識するのである（このアプローチは流動性を前提とする）。法システムの位置を決定する際に、偶然的で変化するファクターと安定的かつ核心的ファクターとは経験的研究にもとづく確たる基準によって識別されなければならない<sup>137)</sup>。⑦「樹木はさまざまな発端から成長するということに注意する必要がある。たとえば栗の実からのように、種子が落ちて新しい樹木が成長する。伐採して、新しい木となるように直接植えたり、あるいは異なった種類の木に接ぎ木したりすることからも、樹木は成長する。そして最後に、新芽が古い樹木の根から発芽し、新しい木に成長する。法システムにもこれらの可能性のいくつかの例が発見できる。法システムを再編し、樹系図（genealogical trees）の上に位置づけるこうしたところみにおいては、移行・転位（transposition）、相互の影響、交配を水平的かつ垂直的に見なければ

136) Id., at 366-367. エリュージュは、きわめて複雑な混交（crosses）の例として、マルタとトルコを挙げている（Id., at 367. トルコはスイス法・ドイツ法・イタリア法・フランス法・ローマ法・イスラーム法・地方慣習法、さらに近時はヨーロッパ法・アメリカ法との混合で、法分野に応じて系譜も異なるが〔スイス民法・ドイツ商法・イタリア刑事法・フランス行政法〕、相互に〔多様な社会文化とも〕結びついて現行の法システムを形成している）。

137) Id., at 368-369, 370.

ならない。これはきわめて実り豊かな領域であって、われわれの求める答えはまさにここにある」<sup>138)</sup>。「歴史の語るところによれば、異なった社会文化および(または)法文化を有する法システムが遭遇すると、合成された法システム内で、異なった諸要素は並び合って共存するのである」<sup>139)</sup>。現代は強制された継受(imposed reception)——外見上は自発的な輸入活動だが、輸出者側が全面的に勝利するような状況下でなされるもの——の時代であるから(中欧・東欧のみならず、ヨーロッパ統合もそうである)、樹系図上でますます多くの位置の転換、からみ合い、発芽が生ずる<sup>140)</sup>。⑧「樹系図の成長にはひとつのパタンがあるということを探知できる。ひとつのパタンは複数の部品(parts)によって構成されている。これらの部品は層として積み重なっているかもしれない。一度には1つの部品ないし部品の1つのグループに焦点を合わせることができるにすぎない。それから、結合しているピース(pieces)および同族の諸グループを見ることができる。もしそれらのピースを同じやり方で分類できる状態が続けば、安定したパタンが存在することになる。もしピースが異なったやり方で分類されるならば、新しいパタンが生ずるであろう。……ピースの分類はすべて暫定的かつ流動的であると考えなければならない。法システムの分類および新たなパタンの創造の時、再考の時が到来したのである。われわれは成長し混合する樹系図を見ているのである」。「われわれの主な作業は、法システムの伝統的なラベルを貼られたパタンを解体し、血統(parentage)、類縁(relationships)、その発達に用いられる多様な肥料、接木、刈り込みとの関係

138) Id., at 371-372.

139) Id., at 373.「過去のシヴィル・ローとローマ法のイギリス法への継受は、『散発的継受』ないし『注射』と呼ばれたが、シヴィル・ローにもとづく reasoning がコモン・ローに浸透することで、イギリス法は常に確実に豊かになった。しかしながら、ローマ法ないし後のユス・コムーネにもとづくルールはただちにその根から切り離され、イギリス特有の枠組みの中に融合し、その生来の背景の外で生命を与えられた。その結果生まれた新たな法は、それが派生した古い法と対話を続けることなく、借用されたものがあったんその根から切り離されてしまうと、新たな土壌で成長するにつれて、かつての文化の一部ではなくなった。したがって、影響は体系的なものではなく、解決も同じ内容のままではなかった。それでも、これらのことは樹木の成長に反映されているのである」(Id., at 374-375)。

140) Id., at 374.

でボタンを再構成することである。そうして初めて、われわれは、新しい必然的成長のための空白を残した樹系図を描くことができる」<sup>141)</sup>。

イデアル・タイプスとしての法族論の限界は、前述のごとく、マッティヤフサもすでに認識していたけれども、エリュジューの功績はすべての法システムは混合的である（オーヴァーラップしている）ところから出発し、その構成要素の比率に従って分類しようとしたところ（ディコンストラクションのころみ）にあらう（もちろん、この比率は絶えず変動してゆく）。ただし、エリュジューのいう「樹系図」（これは比喩にすぎない）を具体的にどのように描くのか、どのようなグループにとりまとめてゆくのか、主要な要素による分類と樹系図上の位置づけとはどのような相関関係にあるのか、各法システムごとにも樹系図を考へうのではないかなど多くの疑問があり、法族論の解体後に新たなマップを描くことの困難さを示しているといえよう。

(7) 法族論衰退後のマクロの比較の注目すべきころみとして、トーマス・ランドマーク (Thomas Lundmark) の労作『コモン・ローとシヴィル・ローの相違をチャートにする (Charting the Divide)』(2012年)を検討しよう。ランドマークの動態的なマクロの比較の対象は欧米に限られているが、記述のための静態的法族論の限界を浮き彫りにする作品であらう。すべての法システムは混合的であるところから出発しつつ、動態的・機能的なマクロの比較を地道に進めてゆく必要があらう。まずはランドマークの雄編に対する2つの簡略なコメントを紹介しよう（いずれもランドマークのホームページに掲載されているコメントである）。

(i) 「トーマス・ランドマークは、正当にも世界の『法族』の分類学的かつ静態的理解に挑戦した、しかも特定の法域の制度の細部にわたるとともに豊富な情報にもとづく理解を通じて、非常に実効性のある方法で挑戦したのである。ここでは、イングランド、スウェーデン、ドイツおよびアメリカが、有力な法哲学、法言語学、法的関与者 (legal actors)、法的方法によって相互にダイナミックに比較されている。その論じ方は深い学識を示すとともにコスモポリタ

141) Id., at 375.

ンのであり、その結論には抗し難いものがある。すばらしい書物である」(パトリック・グレン)。

「『コモン・ローとシヴィル・ローの相違をチャートにする』において、トーマス・ランドマークは法システムを独自(unique)ならしめているものを説明し、『シヴィル・ロー』と『コモン・ロー』の伝統的区別のもつ価値に疑問を投げかける。彼はこのことをとくにドイツとアメリカ、同様にイングランドおよびウェールズとスウェーデンの印象的な概観によって例証している。彼は、言語の構造および法律学の伝統、プロフェッション、制定法および先例の解釈を含む、洗練された描写を提供する。彼は、そのような描写こそが、法システムの個性を明らかにし、法族の分類における伝統的なステレオタイプを避ける必要性を明らかにするのだと、説得力のある論証を行うのである」(ジョン・ベル)。

このように比較法の両碩学によって高く評価されている本書トーマス・ランドマーク『コモン・ローとシヴィル・ローの相違をチャートにする』(2012年)は、簡潔な「序論」に続き、第1部「一般的問題」(独立科学としての比較法、比較法言語学、比較法理学)、第2部「<sup>リーガル・アクターズ</sup>法的関与者」(弁護士、裁判官、素人裁判官と陪審)、第3部「法的ルール」(リーガル・リーズニング、制定法とその解釈、判例)、そして「結論」から構成される。本書の第1の目標は法システムにおける法伝統および法文化の比較研究であり(メリマンおよびルグランのアプローチに近い)、将来の発展の予測が第2順位の目標である<sup>142)</sup>。

(ii) ランドマークの著作の本論を概観しよう。本書第1部「一般的問題」の第1章は「比較法の学問性」(the discipline of comparative law)を扱う。ランドマークは、通常このテーマのもとで論じられるのは、①比較研究の目的(国際私法、立法、法の解釈適用、法の合流[confluence]と一般共通原則の発展、法の統一における利用)、②研究のためのアプローチ、③研究の対象(法および法シス

142) Thomas Lundmark, *Charting the Divide between Common and Civil Law* (2012), xiii. トーマス・ランドマークはミュンスター大学コモン・ローおよび比較法教授であり、比較文学から出発している。同書の書評として、Schwenzer, 2014 *European Rev. of Private Law*, 317-320.

テムとは何か)であるとする<sup>143)</sup>。とくに③および②から、ランドマークの特色を示す指摘をピックアップしておこう。まずランドマークは、比較法研究に用いるアプローチはその効用と目的に密接にからみ合っているとして、同書では法システムにおける伝統と文化を比較するメリマンやルグランに類したアプローチを採用し、法的関与者および制度 (actors and institutions) とともに法システムの哲学 (思想) 的・構造的・方法論的要素を検証する、と説く (機能的アプローチは、法の根本的批判・適正な目的の評価・自国法の批判・法システムと社会の相互依存関係の把握に役立たないので、同書では検討しない)<sup>144)</sup>。ここでの「法システム」とは、(i)法域内で効力を有するすべての行動ルール、(ii)法制度の創設および管理を規定するすべての制度ルール (解釈方法、運用実務・先例の尊重などの方法論を含む)、(iii)法的ルールの作成・解釈・適用に関与する (法律家を含む) すべての人々 (これを “officials” ともいう)、を意味する<sup>145)</sup>。法規範 ((i)および(ii)をあわせたものを、著者は “norm” と呼ぶ) の比較に際しては、それが文化的コンテクストの中に埋め込まれているものであるということを、忘れてはならない<sup>146)</sup>。次いで法文化・法伝統についてランドマークは、「伝統は、重要ではあるが文化の一部にすぎないとするジョン・ベルの見解に賛同する。文化はさらにまた、組織、システム、メンタリティ (mentalités), 法様式 (juristic styles), 哲学思想を含む」と述べている<sup>147)</sup>。ランドマークは、「法族および法伝統への一般的な分類が、さらなる研究の出発点としての意味をもつとしても、これらの分類——とりわけコモン・ローとシヴィル・ローとの分類——は、とくに学生たちに、これらの法族ないし法伝統の間には根深く広汎な相違と最小限の類似性が存在するという確信を与える望ましくない効果を有する」と批判し、「本書が示すように、ドイツ、スウェーデン、イングランドおよびウェールズ、アメリカ合衆国の法システムの間には顕著な類似性が認められるとともに、これまで容認されてきたコモン・ロー／シヴィル・ローのマト

---

143) Id. at 3.

144) Id. at 15-17.

145) Id. at 3-4.

146) Id. at 17, 4.

147) Id. at 30.

リックスにきちんと収まらない相違が存在するのである」と指摘するのである<sup>148)</sup>。ランドマークは、法システムを分類しようとする努力は結局無益であったと判明するかもしれないが、それは多様な研究を尽したのちに決めることであるとし、分類のためのアプローチとしては、①ボトムアップ式アプローチ(法システムのきわめて顕著な行動規範を特定し、それらをレンガのように積み重ねて法システムを構築して、他の法システムとレンガ単位の〔brick-by brick basis〕——機能的に等価かどうかの——比較を行う)、②トップダウン式アプローチ(マッティが採用した方法で、多数の法域で共通に採用されているさまざまなルールを特定し、それらをシステムにまとめあげ、予め定められた基準——マッティの場合は、それらのルールの支配的淵源〔dominant sources〕——にもとづいて、諸システムを比較対照する)、③規範・法制度・概念などの歴史的淵源(origins)に注目する、中間的なアプローチ(ワトソンらの法移植論)をいずれもありうべき道として提示する。①のボトムアップ式アプローチにおいては、文化規範・宗教規範などと区別するために、まず法の定義が必要であるから、「比較法理学」(comparative jurisprudence)の章でさらに詳しく論ずる。②のトップダウン式アプローチにおいては、法システムの制度的側面(法的組織とそれを運用するための規範に関与するオフィシャル〔officials〕)を考察しなければならないし、権威ある地位にある者が受ける法学教育と、それらの者が特定の環境下でどのように思考し活動するのかということに、格別の注意を払うべきである<sup>149)</sup>。法の伝播(spread)・法システムの分類の研究に際しては、宗教などの言語以外の文化現象にも注目する必要がある<sup>150)</sup>。

ランドマークの著書の第2章「比較法言語学」(comparative legal linguistics)は、「法理論と法実務は、レトリックおよび言語の分析という手段に大きく依存しているにもかかわらず、法の言語に対する関係についての体系的な説明はいまだなされていない」(ピーター・グッドリッチ)との指摘を援用し、法言語学の分野の近時の業績で比較法学にとって重要な意義を有するものを論評する。

148) Id., at 37.

149) Id., at 38-43.

150) Id., at 44-46, 50.

ランドマークは、画期的な著作として、Heikki E. S. Mattila の『比較法言語学』(Comparative Legal Linguistics) を挙げ(2013年には同書の第2版が刊行されている), Mattila によれば, 比較法言語学とは複数の法システム間での法言語の発展・特色・用法を検証することであって, 法システムを法族ないしサブ法族に分類する場合の一つのファクターになる, と紹介している<sup>151)</sup>。ランドマークは, ①ドイツの法言語にはラテン語の影響が強かったが, 16世紀からその影響が薄れ始め, 1794年のプロイセン一般ラント法以降は外来語はほとんど用いられなくなった, ②イギリスの法律用語はフランス語に由来するものが大半であるが(12世紀後半のヘンリー2世の時代に, 国王裁判所の管轄権が拡大され, 実務でフランス語が用いられたことによる), ロー・フレンチは立法や法制度に用いられたにとどまり, フランス法が英国国民の生活を支配したのではない, ③ドイツの法実務は, スウェーデンや英米よりも概念主義(conceptualism)への志向が強い(概念主義者の理解によれば, 法律用語は, 明確で, 安定していて, 再起する社会の要素と構造を表わすラベルであるから, 「概念」とは裸の法律用語を指すのではなく, これらの要素と構造それ自体を意味する), ④英語で作成された契約文書が長大であるのは, 英語に固有ではない理由による(特定履行[specific performance]の命令が通常の救済手段であるコモン・ロー諸国では, 契約違反を理由とする填補損害賠償を求める救済は制限されていること, コモン・ローのビジネス文化・法文化が伝統的に口頭主義的でインフォーマルであること, アメリカにおいては裁判権が多様であって, 州ごとに法が異なることなど), ⑤言語の選択はそれのみでは法的予見可能性(legal predictability)に影響しない, と説くのである<sup>152)</sup>。

ランドマークの著書の総論をしめくくるのは, 第1部第3章「比較法理学」(comparative jurisprudence)である。ここでの「法理学」とは主に「法哲学」の意味で用いられる。本章では, ドイツ・スウェーデン・英米の4つの法域の法律家が自国の法および法システムをどのように把握しているか(各法域の平均的法律家の法哲学的プロフィール)が, 5つの基本的質問に対する(主に各法

---

151) Id., at 51-53.

152) Id., at 86-88, 67-68.



域の大学教授からの) 回答を参照しつつ分析されるのである。その質問とは、①自分の法域の法律家は法を全く自律的なもの (autonomous) であると考えているか、それとも学際的なもの (interdisciplinary) であると考えているか、②彼らは法を完全なものと考えているのか、それとも欠缺あるものと考えているのか、③彼らはいずれの法が適用されるのかは容易に決定できると考えているのか、それとも基本的に法は決定不可能である (indeterminable) と考えているのか、④彼らの法システムは法的安定性・確実性 (legal certainty) を好むのか、それとも、個別的正義の実現にくみして、法的安定性・確実性を犠牲にする方を選ぶ可能性が高いのか、⑤彼らは自国の法は本質的に道徳とは無関係である (amoral) と考えるのか、それとも道徳は法を超越すると考えるのか、といった内容である<sup>153)</sup>。これらの質問に対しては、とくに①および⑤について国ごとに極立った差異が認められた<sup>154)</sup>。たとえばランドマークは、前掲①のテーマ (法の自律性) については、一方に法的自律性を極端に広く認める仮設例 (hypothetical jurisdiction) を想定し、そこでは法学教育は外来の概念・外来語に敵対的で、法律家の養成は法を学習するのみで足り、大学およびロー・スクールに外国で訓練を積んだ法律家は不要であって、法の適用に際しては法の分野のみを調査する (外部に対して閉ざされた法システム。自国の法システムがこのような閉じられていると考える法律家の場合には、法文の重視、法に対する形式主義的アプローチ、政策的に中立的なルールを新しい状況に拡大し、自律性を保つこと、既存の法規範を類推することで欠缺を補充することといった特色が生ずる)、と論ずる。スペクトルの他方の極には、政治・経済・心理学・宗教等を包含しうる不透明な法概念 (学際的な法概念) を有する法域が想定され、そこでは、外来の概念に好意的で、法に加えて他の科目も教育し、外国で養成された学者を雇用し、法の適用に際してはその外部の政治や経済にも目を配り、法システムのフロンティアは流動的であるから、既存の法システムの外からでも自発的にルールを創造するのであって、「こうした固有の柔軟性と、他の学問分野から規範を進んで輸入しようという意欲とがあるため、学際的法概念を備えた法

---

153) Id., at 98, 90.

154) Id., at 131.

律家は、類推による法の適用を不必要であるとして避けるであろうと期待してよいであろう」<sup>155)</sup>。以上の想定のもとに、ランドマークはドイツ・アメリカ・スウェーデン・イングランド各国の状況を検証する。

たとえばドイツの場合は、①外国の法概念や法制度をドイツ法に採用する際は、ドイツ語に翻訳するのが一般的慣行であるから、法移植の跡をたどるのが難しい、②法学部の学生が法以外の科目を学ぶのは異例である（学際的リサーチは稀である）、③法学部に外国人の研究者はほとんどおらず、いたとしても自国法や涉外法を専ら教授している（法学部の学生や教授は外国での留学・滞在経験があるのが通常である）、④法の適用にあたり、法以外の経済や政治の議論を参照するのは普通ではない、⑤法文の重視、リーガル・リーズニングの形式主義、制定法の類推適用の傾向が顕著であること、目的論的解釈（政策論を避け、法の目的を援用する）、といった特色があり、法システムにほぼ完全な自律性が認められている。完全な自律性を1、完全な学際性を5としたとき、ドイツは2のレベルである<sup>156)</sup>。アメリカ合衆国の場合は次のようにいう。①アメリカの法律用語は外国の概念に対してはあまり開かれていない。②アメリカのロー・スクールは、法律家になる前に法以外の科目を学ぶように要求している点（four-year college degree）がユニークである。法以外の科目で学位を取得したアメリカの大学教授の数が驚くほど増加しているが、これはアメリカのロー・スクールが法を自律的ではなく学際的なものであると理解していることを強く示唆している。③外国（イングランドとアイルランドが好まれる）で訓練を受けたロー・スクールの学者は多いが、そのほとんどは外国人で、涉外法・比較法に加えて伝統的なアメリカ法を教授している。ロー・スクールの学生が外国で学ぶことはきわめて稀である。④法の適用にあたっては、（ロー・スクールの教授陣が学際的印象を与えるのと対照的に）法の外部に目を向けるのは全く異例であるけれども、商取引をめぐる判決が経済学に依拠することはあったし、公共政策論の影響も軽視すべきではない。⑤アメリカの裁判官は、ここで扱う他の法域の裁判官に比べ、制定法の解釈に際して、その文言に関心を払うことが少

155) 以上は、Id., at 101-102.

156) Id., at 103-105.

ない。アメリカの裁判所は欠陥のある製品により生じた権利侵害に対し制定法によらない救済を認めてきたが、法の発展にあたり裁判官が制定法からの類推に通常頼らないのは、コモン・ロー伝統と法を学際的・政策的なものとししていることとによる。アメリカの法の学際性のレベルは5（最高）である<sup>157)</sup>。

ランドマークは、スウェーデンは中間のレベル3であると位置づけたうえで、イングランドおよびウェールズはレベル4であり、アメリカを除けば法の理解がもっとも学際的であると説く。すなわち、①イングランドはとくにヨーロッパ法に対して開かれている（ヨーロッパ人権条約の内国法化）、②イングランドの法学徒は大学でのみ学習するが、そのコースはきわめて政策志向的である、ただし法以外の分野の advanced degree を有する学者は稀である、③イングランドの学者が外国で教育を受け、法学の学位を得ることは異例であり、イングランドの学生も外国の大学で法を学ぼうとする意欲に乏しいことで知られている（ヨーロッパ規模のエラスムス・ソクラテス・プログラムも不振である）、④法の適用にあたり、イングランドの学者は学際的研究を必要とする経験的リサーチを行うことで世界的に知られ、コモン・ロー（裁判官法 [judge-made law]）を適用する上位裁判所の判決は政策的議論に充ちている、⑤コモン・ロー伝統と調和するように、シニアの裁判官の多くは、個別の事件で正義を実現する必要がある場合には、独自の法的ルールを発展させることがある（制定法の類推適用は不要である）、と分析する<sup>158)</sup>。

ランドマークは、第3章の要約において、①法は自律的であるとする見解は、法の形式的定義を採用する法実証主義と一般に関連し、法の内容は完全に中立的であり、その内容の道徳性にかかわらず法は法であることを意味する、②法の自律性・内容の中立性のスペクトルの対極にあるのはアメリカであり、この現象はアメリカにおける自然法の伝統と（法学教育に効果を及ぼした）リーガル・リアリズムの影響に起因するものであろうが、20世紀初めまではドイツとアメリカの法学は平行に発展していた（法は自律的な学問分野である、法

157) Id., at 105-107.

158) Id., at 108-110.

概念は論理的・演繹のプロセスで認識・確定・適用できる〔概念法学〕、私法は政治的に中立的なものとして公法から区別されるとするのが、当時理解されていたドイツ法学の重要な原理で、ドイツ民法典にその最高の表現を見る)、③アメリカにおける代表的な概念主義者 (conceptualist) はケース・メソッドを導入したハーヴァード大学学長クリストファー・コロンプス・ラングデルであるが、彼の規範体系は法典化されなかったし、功利主義 (utilitarianism) およびリーガル・リアリズム運動といった歴史的要因から、アメリカの法律家は概念主義の伝統と訣別した、といった補足をこころみている<sup>159)</sup>。

(iii) ランドマークの本書全体の結論は、「将来の研究者たちは、コモン・ロー伝統とシヴィル・ロー伝統に属するすべての諸法システムは、互いに共通しないところよりも共通するところの方がはるかに多いということを忘れずに、法族という主題およびコモン・ロー世界とシヴィル・ロー世界との (想定されていた) 区分について、よりニュアンスに富む見解を採用することが望ましい」とするものである<sup>160)</sup>。以下では、第4章「法律家」以下の各論を、主にランドマーク自身による要約を参照しつつ、簡潔に紹介する。

(A) まず第1に、第4章「法律家」では次のようにいう。①ドイツにおいてローマ法の継受が始まる12世紀までは、ドイツとスウェーデンのリーガル・プロフェッションは類似した発展を辿ったが、将来の公僕養成のためのローマ法教育を行う大学がドイツで創立され、スウェーデンではローマ法の継受がなされずにカノン法と国内法 (裁判官が創造した法) が大学で教授された。イングランドおよびウェールズでは、商業と政治の中心たるロンドンに拠点を有するリーガル・プロフェッションが高度の発達を遂げ、大学ではないインズ・オヴ・コートで法曹教育が行われた。各国の法学教育には以上の歴史的影響がうかがわれる (法学教育の目的、大学における法学教育の地位〔イングランドにおける後発性〕、法学教育がルール志向か実践的・社会政策的か)。②「大学教育に続く

159) Id., at 132-136. ランドマークは, Grechenig/Gelter, The Transatlantic Divergence in the Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism, 31 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 295 (2008) を重視する。

160) Id., at 436.

ドイツの実務修習段階 (Referendariat) にも、画一性が反映されている。実務修習は、良き公僕とりわけ裁判官を選別するための単一の試験で終了する。スウェーデンの大学教育は比較的長く続くが、弁護士実務を始める前に学位 (graduates) を必要としない。(スウェーデンでは) 法学部卒業生の約 30 パーセントが裁判所で働く機会を与えられ、この (5 年間の) 付加的段階を終えた者のみが、裁判官、検察官、あるいは advokat と呼ばれるエリート弁護士として執務してよい。アメリカは、ほとんどすべての法学徒が、法の学習を始める前に、法以外の学科で 4 年制大学の学位を取っている点でユニークである」。

③英米の訴訟手続では、barrister や attorney が、証人の選定や尋問、リーガル・リサーチを含む卓越した役割を果している。④アメリカを除く各国のリーガル・プロフェッションは、ヨーロッパ連合およびヨーロッパ司法裁判所の大きな影響を受けるが、国家レベルでの法学教育は実際上必要不可欠である<sup>161)</sup>。

(B) 第 2 に、「裁判官および裁判所」を扱う第 5 章ではこう分析する。① 12 世紀末にはイングランドに近代的司法制度が出現し始め (人民間訴訟裁判所 [Common Bench] の確立)、13 世紀にはスウェーデンで都市裁判所 (municipal courts) が導入され、同時期にドイツではイタリアでローマ法を学んだ貴族および富裕層の子弟が帰国後に官吏となり、国王の名のもとに司法活動を行った。絶対主義がその後のドイツにおける司法制度の発展に決定的影響を与えた。イングランドにおいては、1701 年王位継承法 (Act of Settlement) により、裁判官の独立が実現していた。②スウェーデンおよびドイツは人口に比して裁判官の数が相当多数にのぼるうえ (ドイツは国民 4,000 人に対し裁判官 1 名、イングランドでは国民 44,000 人に対し裁判官 1 名)、いずれの国においても裁判官職は独立のキャリアである。③裁判官の選任と訓練も多様であり、英米ではリーガル・プロフェッションの中のもっとも尊敬されているメンバーが最良の裁判官になるという信念があるが、スウェーデンおよびドイツは最優秀の学生を裁判官職のために選抜する。④英米では制定法の内容を詳細にして裁判官の裁量を

161) Id., at 418-419, 173.

制限する傾向にあるが、ドイツでは制定法は概括的・抽象的で、裁判官はそれだけ広い解釈の裁量権を有することになる。⑤三権分立との関係では、英米の裁判官は議会や立法者が制定法に意思を表示した場合にのみ立法者に服すると考え、ドイツの裁判官は自らを法を解釈適用する公僕と位置づけるが、スウェーデンの裁判官は両者の中間に位置し、公僕のように法を解釈するとともに、制定法により規律されていない領域ではケース・ローを発展させる。⑥裁判所の裁判権は基本的には横並び (co-extensive) であるが、アメリカおよびドイツでは例外的裁判権に違憲立法審査権が認められる。⑦英米においては弁護士はきわめて専門化しており (訴訟記録に習熟し、証人を選定・尋問し、法的リサーチを行い、多くのケースで判決の草案を作るのは弁護士である)、裁判所もその専門性・名声を承知しているが、ドイツおよびスウェーデンでは裁判所の方が専門化している。「機能的観点からすれば、イングランドおよびウェールズの弁護士 (barristers) とアメリカの弁護士 (attorneys) はドイツおよびスウェーデンの裁判官のように活動しており、ドイツおよびスウェーデンの裁判官はコモン・ローの弁護士のように活動している、ということが出来る。役割がオーバーラップしているのである」。

⑧ EU 構成国間での司法協力が密になり、裁判官が外国法に接する機会も増え、共通ヨーロッパ法に拘束されるようになっていくが、公的ファンドが限られていて、イングランドの司法制度を大陸並みに拡大することは不可能であるから、“judicial profession” の迅速完全なハーモナイゼーションはユートピア的見解にすぎない<sup>162)</sup>。

(C) 第3に、「素人裁判官 (lay judges) および陪審」と題する第6章では、こう叙述する。①ドイツおよびスウェーデンにおける素人裁判官制のルーツは、ゲルマンの“Thing” (スウェーデンの“ting”) に求めることができ、ドイツではローマ法の継受があったために、次第に専門職裁判官がこれに代わって定着してゆき、絶対主義のもとで素人の司法参加はほぼ廃止された。18世紀の啓蒙期には、素人の司法参加を復活することにより絶対君主の権限を制限しようとしたが、当初は素人裁判官は君主の操り人形 (puppets) にすぎない場合が

---

162) Id., at 419-422.



多かった。スウェーデンでは素人裁判官 (nämndemän) は 17 世紀末まで裁判権を行使し、ローマ法の継受はなかったが、上級裁判所でのフォーマリティ・書面主義の要請から、学識ある専門職裁判官が好まれるようになった。イングランドでは、ゲルマンの “Thing” は 1066 年のノルマン人の征服によって死滅し、14 世紀にシェリフが治安判事 (justice of the peace) と改名されて、1971 年まで軽微な犯罪事件に対し裁判権を有していた。国王の裁判官によるトライアルで有罪か無罪かを決定するのは陪審の役割であった。②ドイツは現在では陪審制を採用しておらず、スウェーデンでは陪審はマイナーな役割を果しているにとどまる。イングランドでは陪審は重大な犯罪事件で利用され、アメリカでは刑事事件の被告は陪審による審理を受ける権利を放棄できるため、その役割はより限られたものとなっている。ドイツおよびスウェーデンでは、素人裁判官は刑事に限らずあらゆるタイプの事件を担当するのに対し、イングランドでは民事陪審はきわめて稀である (アメリカでも異例 [uncommon] である。つまり、非刑事裁判への素人参加は、ドイツおよびスウェーデンの方がはるかに進んでいる)。司法への素人参加は、陪審制 (英米)・参審制 (Schöffenrichte) (ドイツ、スウェーデン)・治安判事 (主にイングランド) の 3 つのモデルがあり、その根拠として、⑦素人の関与は司法システムの透明性と民主的正当性を高める、④素人は裁判過程に人生経験・新鮮さ・正義・ヒューマニティを加え、裁判の質を高める、⑤素人の参加は国家組織に対し急ブレーキをかける役割を果す、が挙げられる。素人の司法参加という理念は古めかしいが、これらの制度が近い将来に廃止されるとは考えられない<sup>163)</sup>。

(D) 第 4 に、「法的推論」(legal reasoning) を論ずる第 7 章では、同書で検討したいずれの法域においても、法発見 (適用規範を探索するという意味での Normsuche) は同様な <sup>メンタル・プロセス</sup> 精神過程 であり (法的争点を提示する現実ないし仮設の事実状況から出発し、解決を与える規範を探索する)、特定の法システムにおいて規範が秩序正しく、論理的で、アクセスしやすい方式で体系化されていれば、それだけ規範の発見は容易になるはずであって、4 法域での体系化の状況には実

163) Id., at 422-424.



際上重要な差異は認められない、とランドマークは評価する。この章では、制定法の解釈と裁判官による純然たる法創造（裁判官法〔Richterrecht〕）とを区別し、裁判官による制定法の類推的使用は裁判官法に含まれないとしているため、類推適用が多用されるドイツの場合には、裁判官法の範囲がそれだけ限定された内容となる（スウェーデンでは制定法の類推が利用されるケースは極めて限定されているし、英米ではこの制定法の類推という法技術は實際上利用されない）。ランドマークによれば、コモン・ローの法的推論は帰納的・類推的（analogical）であるのに対し、ヨーロッパ大陸の法的推論は演繹的であるとする立論は誤解ないしミスリーディングであり、すべての法源からの類推適用を検討しなければこのようには断言できない（コモン・ロー裁判官はケースから得られるルールの類推適用〔apply rules from cases by analogy〕を時おり利用し、ドイツの裁判官は制定法の類推を常用する）。法的推論は、①法の創造（making law）、②適用法の発見（Normsuche）、③事実への法の適用、④結論の正当化の4つのステップに分かれるのであって、先の立論は大陸法における③のステップと、コモン・ローにおける②のステップとを混同するものである（コモン・ローの②のステップは、制定法にかわり“a template articulated in a single appellate case”に直接依拠するにすぎない）。ドイツの裁判官はポリシーへの言及を避け、制定法の機能や目的に固執する（あるいは、類推適用を行う）ので、その理由づけは他の3法域とは全く異なって官僚的・形式的に見える<sup>164)</sup>。

(E) 第5に、「制定法とその解釈」と題する第8章での分析を紹介する。①本書で検討した4法域の中で、ローマ法を継受し、それとともに国家はすべての法の源泉であるとする理念を継受した点で、ドイツはユニークである。ドイツにおいては、法典は唯一の適正な法源として独占的（exclusive）であり、裁判官によって拡張されない点で完全無欠であり、司法による再創造を必要としない点で永続的なものである。②スウェーデンとイングランドでは、ローマ法は継受されず、国王もある程度独立の国会や裁判所と権限を共有したことから、絶対君主としての権限は享有しなかった。国会は租税と安全保障（security）

164) Id., at 424-425, 432-433, 267-268, 287-291.

に関心を限定するようになる一方で、国王の裁判所が既定の訴訟方式 (forms of action) の範囲内で——国会や国王の完全なコントロールを受けずに——コモン・ローを発展させたため、制定法が独占的な法源と解されることはなかった。イングランドの支配的見解によれば、制定法によって排除されることがあっても、背後にはコモン・ローが機能し続けているのである。アメリカにおける制定法による法創造の歴史は、裁判官に違憲立法審査権を肯定した1903年のMarbury対マディソン事件最高裁判決から、イングランドとは異なった道を辿り始めた。アメリカでは立法府によるコントロールを欠く裁判官法が増大し、法典化運動へと直結したが (たとえば、カリフォルニア州民法典)、法典が独占的・完結的・永続的であると解されておらず、むしろ反対である。「要するに、歴史的発展に関する限り、イングランドとスウェーデンはきわめて類似している。アメリカはイングランドに非常に近いが、アメリカにおいて裁判官はより大きな役割を与えられている。ドイツの歴史は、本章で研究した他の3法域の歴史とは大いに異なっているように思われる。しかしながら、ドイツは違憲立法審査制度を有する点で、アメリカと共通している」。<sup>③</sup> 4法域の法源を比較すると、結論としては類似している。ドイツにおいては、大半の法律家が法源については法実証主義とその厳格なヒエラルヒー的法思考に従っているが、他の3法域ではこうした思考様式はドイツほど顕著ではない。イングランドは、そこでの法実証主義の流行からわかるように、おそらくドイツにもっとも近い。反面、イングランドでは、国会が裁判所と協同して裁判官のコモン・ロー (judges' common law) を補充ないし破棄する「協力的法創造」(cooperative law-making) が認められている。スウェーデンは4法域の中でもっとも「リアリスティック」で、そこでは法源は相互に競合するのではなく、協力する (cooperate) と解されている。<sup>④</sup> ヨーロッパの3法域はそれぞれ異なった制定法の解釈方法を優先させている。イングランドにおいては、制定法の解釈は文言に忠実 (textual) で、スウェーデンでは歴史的方法が重視され、ドイツでは文言を超えて制定法を拡張適用する場合に目的論的方法が用いられる。ヨーロッパ3法域の裁判所が採用する解釈方法が明らかに異なることから、ヨーロッパ法のハーモナイゼーションのために、制定法解釈の統一的なヨーロッパ

方法論の導入を提唱する者や、アメリカの連邦裁判所モデルに従ってヨーロッパ裁判所制度を拡張すべきであると主張する者もいるが、各国における国民1人あたりの法曹人口の違いを考えれば、近い将来における拡大は期待できないであろう<sup>165)</sup>。

(F) 第6に、同書第9章の「裁判例」(judicial precedents)を要約する。同章の内容は、(a)歴史的発展、(b)裁判例の効果に関する制定法、(c)裁判例の現代的利用、(d)ドイツ連邦憲法裁判所における裁判例と政策の4項目に分かれる((d)は省略する)。

まず、(a)の歴史的発展として、ドイツにおける裁判例の歴史は、1495年に創設された国王から独立の最初の上訴裁判所である帝室裁判所(Reichskammergericht)に遡る。その判決は法の発展にとってきわめて重要で、次第に制定法と同様の意味での拘束性を有するようになり、1800年までには公式判例集が刊行されて、弁護士は帝室裁判所の裁判例に依拠して弁論を行うようになった。法実証主義の影響が増大し、法創造権限(lawmaking power)を裁判所から君主・立法府に移す動きが進み、司法に絶対君主がコントロールを及ぼそうとした極端な例としては、1794年プロイセン一般ラント法があげられる(あらゆる不測の場合につき立法し、裁判官の解釈を排除しようとしたこのころみは失敗した)。19世紀初めの政治的混乱を経て、とりわけ商取引上の法的安定性を促進するために、プロイセン等のドイツ諸邦は、その地域の統治者の許可なくして裁判所が自身の判決を取消すことを禁止したが、1871年のドイツ帝国成立後に設立されたドイツ帝国裁判所は、裁判官全員出席の場合に限り(only in plenary session)、その先例(precedents)を変更できるという特権を与えられた。ドイツ帝国においてデモクラシーへの要請が高まるにつれ、裁判官は、先例に固執して、産業革命により生じた社会の変化や社会的価値の変遷に対応できていない(要するに保守的である)、という批判が加えられた。その要請に応じて1900年ドイツ民法典を起草した立法者たちは、概念法学の影響のもとに、ドイツ民法典は自己完結的で永続的であるから、法典の機械的適用に

---

165) Id., at 425-427.

よってあらゆる問題が解決でき、先例（裁判例）は不要である、と考えていたが、ワイマール共和国時代も先例への依存は続いた。ナチス期には、国家社会主義の原理に従って民法典が解釈されるように改正が行われ、1935年にはそれ以前のすべての先例の拘束力から裁判所を解放する制定法が実施された。ドイツにおける現代民主主義の時代は、立法および行政からの司法の独立を認めた1949年ボン基本法の承認によって到来するが、司法のキャリア構造および司法の専門化のために、下級裁判官が上級裁判所の判決に従う強い動機づけとなるような雰囲気生まれ、垂直的な先例拘束性の原理（vertical stare decisis）が強力な形で制度化されてしまっている<sup>166)</sup>。

次に、イングランドにおける歴史的発展は、国王裁判所の判断を多く採り入れたブラクトンの『イングランドの法と慣習について』（*De Legibus et Consuetudinibus Angliae*）が刊行された13世紀に遡る。1268年には重要な判決を記録した最初の年書（*Year Books*）があらわれて、16世紀から17世紀にかけて、より信頼できる完全な判例集（*Reports*）がこれにかわった。「当時の見解によれば、法は個々の判決の中に見出すことはできず、判決全体（*case decisions in their totality*）が法を反映するものであった。19世紀初めから、若干の上訴裁判所が単一の法的判断の拘束力すなわち個別の裁判例（*precedents*）から法を決定することについて論じ始めた。この見解は速かにコモン・ロー世界に広がり、その結果として、先例拘束性（*stare decisis*）の近代原理すなわち適用すべき法は個別の事件で宣言されたルール（理由〔*ratio*〕ないし判示事項〔*holdings*〕）の中に見出されるという原理は、19世紀中葉に誕生した、ということができる。19世紀（それ以前ではない）に発生したこの法的発展は、主に3つの理由による。第1に、1876年最高法院法（*Judicature Acts*）までは、英国裁判所は明確なヒエラルヒー構造に従って組織化されていなかった。第2に、19世紀より前には、判決の信頼できる報告がなく、法曹一般（*general legal public*）に対して公表されていなかった。さらに、第3の理由がおそらくもっとも重要であり、それは19世紀より前には人々は『法』を超越的な自然法

166) *Id.*, at 402-404, 427-428.

——すなわち裁判官はそれを発見できるが自ら創造はできないもの——の意味で理解していたということである」。裁判官の“statements”が法であるとするベンサムおよびオースティンの見解（法実証主義）が一般に承認されると、判例集の充実と相まって判決も制定法と同様にテキスト中心に解釈することが可能となる。「裁判所による法創造の機会を最小限にする手段として、厳格な形式の先例拘束性の原理を発展させたのは法実証主義という法的環境であった」。1898年に貴族院ハウス・オブ・ローズは厳格な先例拘束性の原理を支持し、国会の立法による変更がない限り貴族院は自らの先行判決に拘束されるとしたが、1966年に、不正にいたるかまたは法の発展を妨げる場合には自発的な拘束力は生じない、とした<sup>167)</sup>。

第9章の次の論点である(b)「裁判例の効果に関する制定法」(statutes regarding precedential effect)では、英米と異なり、スウェーデンおよびドイツには先例の拘束力（垂直的拘束力）に関する立法が相当数存在するが、4法域のいずれにおいても先例の拘束力は強力であるとする。英米の場合には、先例の遵守を要求する制度上のプレッシャーは弱い（事実審裁判所の裁判官は単独で、上級裁判所への昇進を通常は希望しないし、上訴率はきわめて低いことから、先例に従わないことによる裁判官のコストが比較的低い）、法が同等に適用され、予見可能となり、司法制度が効率的に運用されることに関心があるため、下級裁判所裁判官は先例拘束性の原理に従うのである。ただし、続く(c)「裁判例の現代的利用」では、裁判例の実務的利用の方法には法域ごとに相違があり、ドイツおよびスウェーデンにおいては裁判官の専門化が進み、通常の法曹よりもはるかに重要なケース・ローに通じていること、ドイツの裁判官は法律雑誌やコンメンタールペリオディカルズを利用し、コンメンタールは判示事項ないし判決理由（holdings or ratios ; Leitsätze）の抜粋を含むにとどまること、これに対し、英米では、法律エンサイクロペディアですら、より多くの事実や実質的な理由づけ（substantive reasoning）——すなわち政策や立法目的——を含み、利用者が裁判官の思考を理解できるようにされていること、を指摘している<sup>168)</sup>。

167) Id., at 428, 404-405, 348-349.

168) Id., at 407-408, 428-429.

(iv) 最後に、ランドマークは、①言語は比較のファクターとしては最も重要性に乏しい、②比較法理学の示すところによれば、4法域の中では法の自律性・形式主義などのファクターを考慮するとドイツが最も実証主義的である(「法実証主義への関心は、スウェーデンやアメリカよりもイングランドにおいて強力であるように思われる。この点で、イングランドはドイツに近いように見える。法理学上の外観で最も近いように見える2法域は、スウェーデンとアメリカである。この一致は、おそらく両国におけるリーガル・リアリズムの影響によるものであろう」)、③法学教育における学際性の度合いはドイツが最も乏しく、アメリカが最も高度である(この点でスウェーデンはアメリカに近い。イングランドの法学教育はドイツに近いが、4年次にのみ法実務コースないし弁護士職コースに出席する)、また、イングランドおよびアメリカでは、紛争解決において弁護士の果す役割がドイツおよびスウェーデンよりも大きい、④裁判所の構造・訴訟手続・裁判官の役割は英米が類似している(大規模な司法官僚制度を有するドイツとスウェーデンは、コモン・ロー法域に比べ、相互に類似している)、⑤ドイツおよびスウェーデンは素人裁判官の利用の点で、英米は陪審および治安判事(justice of the peace)の利用の点で類似している(スウェーデンおよびイングランドでは民事陪審は稀である)、⑥法的推論<sup>リーガル・リーズニング</sup>については、4法域の法律家は法的ルール<sup>リール</sup>の選定と適用については同様に思考することが示された、⑦制定法とその解釈については、ドイツでは法典を排他的で完全で永続的なものと理解する点で他の3法域とは異なり、ドイツ以外の3法域は制定法の役割については基本的に理解は一致するが、制定法の解釈方法において差異がある、⑧4法域のいずれにおいても、判決ないしケース・ローはきわめて重要である、と整理して、4法域の類似性を摘出するとともに、シヴィル・ローとコモン・ローの2分法が妥当しない場合があることも明らかにしている<sup>169)</sup>。

(v) ランドマークの本書の大きな意義は、外国法の記述や法族論(法の世界地図)とは異なるマクロの法比較が可能であることを実例をもって示した点にある。本書が比較の対象とするのは欧米4ヶ国に限られ、しかもフランス法は

169) Id., at 431-434.



除かれているが、比較法言語学、比較法理学をまず採り上げ、各論として法的関与者（弁護士、裁判官、素人裁判官と陪審）、法的ルール（法的推論、制定法とその解釈、判例）を分析するというマクロの比較のアプローチは、かなり応用可能なのではないか。

（8）マティアス・ジームス（Mathias M. Siems. イングランド・ダラム〔Durham〕大学教授）は、その著書『比較法』（2014年）において、従来の法族論は世界の諸法体系の理解を深めるという教訓的目的を果しておらず、ミスリーディングである、さらにまた法族の概念を用いずとも比較法研究は完全に可能である、と批判する。たとえば、コモン・ローとシヴィル・ローという概念は用いずに、仏・独・英・米各国の法源と民事訴訟の相違を比較し、これらの法体系が世界にどのような影響を与えたかを論ずる方がより好ましいアプローチで、これはエリュージュのいう——法体系相互の影響関係に注目する——樹系図理論（tree-like model）に近似すると説く<sup>170)</sup>。同書の重点は、ポストモダン比較法・社会法学的（socio-legal）比較法・数量的（numerical）比較法を扱った第2部「比較法の方法の拡大」、法移植・国家の境界の消滅（Fading State Borders）・比較法と開発をあわせ論じた第3部「グローバル比較法」に置かれるのである。

ジームスは、①ヨーロッパ大陸諸国の法システムの多様性（大半の分類学は、法典がフランスないしドイツのいずれに類似しているかを基準に、ロマン・モデルとゲルマン・モデルとに区分しているし、包括的法典を採用しなかった北欧諸国を別のカテゴリーとする分類もみられる）、②英米の法システムの相違（大陸法の原則も導入したアメリカ法の混合的性格とその孤立主義〔exceptionalism、とくに陪審が重要な役割を果すがゆえに、一回性が強調され、広汎なブリトライアル・ディスカヴァリーが利用される。そこでは当事者対抗主義の伝統が強いのに対し、イングランドでは裁判官による積極的なケース・マネジメントが可能〕など）を解析し

170) Mathias M. Siems, *Comparative Law* (2014), at 93-94. ジームスはデュッセルドルフ大学で教授資格取得後、2011年からダラム大学教授（商法）を勤めている。Convergence in Shareholder Law (2008) と前掲書が主著であり、David Cabrelli との共編著として *Comparative Company Law: A Case-Based Approach* (2013) がある。



たうえで<sup>171)</sup>、次のようにいう。「コモン・ローとシヴィル・ローの区分は、西洋法システム (Western legal systems) の共有する共通性を隠す可能性がある。重要な一般的ファクターに含まれるのは、国民国家、資本主義、自由な価値、個人主義、そしてギリシア・ローマ思想、キリスト教、啓蒙主義の共通の精神的・文化的・科学的遺産のような概念と理念である。法特有のファクターとしては、個人の人権、法の支配、実定的・理性的な法、裁判官と弁護士からなる専門化したリーガル・プロフェッション、法と宗教との分離を含む。それゆえ、宗教法、部族共同体法、機能障害国家の法とは異なる、包括的な西洋法伝統を語ることが正当とされるであろう」。ジームスは、シヴィル・ロー諸国の中核たるドイツおよびフランスですら、ローマ法の上に立脚するのではなく、ローカルな法伝統の産物でもあること、コモン・ロー諸国にもローマ法のかなりの形跡がうかがわれること、シヴィル・ローとコモン・ローを区別する決定的エリア (民事訴訟、法解釈の方法、法源) においても、双方の収束が認められること<sup>172)</sup>、商事契約法やインターネット法などの新しいトピックにおいてはコモン・ローとシヴィル・ローの区分は役立たないことを論じて、この区分はミスリーディングないし誇張された二分法であると結論づける<sup>173)</sup>。

171) Id., at 64-68. そのほか、アメリカは成文憲法を有する連邦国家であること、独立革命の帰結およびフランス革命の影響として人権がきわめて強調されること、シヴィル・ロー諸国に類した広汎な立法の存在、先例の拘束性についてより柔軟であること、民事事件のリーガル・エイドが通常は利用できないために、最善の弁護士に依頼する経済的余裕があるかどうかが決定的であること、裁判官は選挙により任命されること (イングランドではプロフェッショナルの資格によるため、同質的かつ非政治的である) などが例示されている (Id., at 65-66)。

172) Id., at 69-70. ジームスによれば、①法典の有無は基準としての重要性を失っている (シヴィル・ロー諸国では主要法典はもはや最重要の法源ではなく、コモン・ロー諸国では「制定法の時代」[age of statutes] に到達したといわれる。制定法のスタイルも混合的で、税法や土地法では精細かつ詳細なルールがいずれの法族でも用いられ、コモン・ロー諸国の立法も、“reasonable”, “equitable”, “unfair” などの用語が頻出する原理的な様式で起草される)、②制定法の解釈も厳格な解釈から類推を認める方向へイングランドの裁判所が移行してきている、③シヴィル・ローの裁判官の機能を “narrow, mechanical, and uncreative” と評するのは不正確である (とくに一般条項の重要性)、④法学・法思想も国境を越えたグローバリゼーションが認められる (ダンカン・ケネディのいう3つの法思想のグローバリゼーション)。

ジームスは、従来の法族論が、①差異を過度に強調する反面、②類似性を過度に強調するところもあり、③雑種性を無視する傾向があったと批判する。すなわち、①については、既述のように西洋のシヴィル・ローとコモン・ローは相違点よりも共通点が多く、西洋とそれ以外の地帯の法システムとの類似性に照明をあてる (highlight) ことも可能である、と説く (制度の分権的システム [decentralised system of institutions] を基礎としている点でコモン・ローとイスラーム法を対比することができる。東アジア法 [East Asian law] は西洋の法観念と甚しく異なるとされるが、中国や日本を現実を訪れてみれば、西洋諸国に類した法典や制定法が存在し、大学で実証的な法学教育が行われ、ロー・ファームや裁判所では法律家が実定法の細部につきテクニカルな議論を戦わせていることを発見する。中国の法文化も相当な変化を遂げ、道徳や慣習はもはや安定した秩序への関心をみたとすることができず、法的ルールの必要が高まっている。中国の法曹人口も爆発的に増加し、2001年のWTOへの加盟後は司法のプロフェッショナル化が進んだ。西洋には法があり、東洋には文化があるとする理解は、きわめてミスリーディングである)<sup>174)</sup>。前出②の「類似性の過度の強調」では、シヴィル・ロー族の多様性と、英米間の根本的相違とを再度指摘し、さらに、植民地としてヨーロッパ諸国からの受けた影響および自発的に主要法典を模倣したこと (たとえば、日本) から、アフリカおよびアジア諸国をシヴィル・ローないしコモン・ローに分類する見解に対し、⑦インド法システムの宗教的ディメンジョンからして、コモン・ローには分類できない、④アフリカ人相互間の法律関係は主にアフリカ慣習法 (地域によってはイスラーム法) により規律されていて、近代法により克服されてはいない (いずれも Menski の見解)、⑨「たとえば、アフリカ諸国間の相違が甚しいものであるため、これらの法システムをひとつのグループとするいかなる記述も、類似性を過度に強調しているといわざるをえない。さらに、共通の文化を参照することは一定の場合には有益かもしれないが、文化的な近接性が必ずしも法的近接性を意味するとは限らない。たとえば、中国、北朝鮮、韓国はすべて儒教思想の影響を受けた諸国であるが、その法システムはきわめ

173) Id., at 68-70.

174) Id., at 80-82.

て異なっている」, と批判を加える<sup>175)</sup>。③の「雑種性の無視」については, 「雑種」(hybrids)をさらに㉑混合法システム, ㉒水平に区分された法システム(horizontally divided legal systems), ㉓垂直に区分された法システム(vertically divided legal systems), ㉔パラレルな法システム(parallel legal systems)に細分化する<sup>176)</sup>。㉑の混合法システムはシヴィル・ローとコモン・ローの混合を越えて広く認められつつあり, a. アフリカのような西洋法伝統と慣習法(生ける慣習法, 書物化された慣習法, 法典化された慣習法, 司法慣習法に区分できる)の混合は多様な形態をとるため, 混合法システムのサブ・カテゴリーがさらに必要である, b. 南東アジアにおいては, イスラーム, 中国, ヒンドゥー, 自生の慣習, ヨーロッパの法規範がすべて一定の役割を果しており, 法族という概念は意味をなさない, c. 複雑な混合の場合には, 法族の「唯一の正しい」分類学が存在するという考えを放棄せざるをえない(シヴィル・ロー, コモン・ロー, 社会主義法, 宗教法, 伝統法〔traditional law〕, 政治的法〔political law〕といった主要な基準をすべて併用する〔mixed classification〕)。たとえば, 中国とブラジルを比較すると, 双方ともにシヴィル・ローが参入している点では類似するが, その他のカテゴリーについては異なる〔中国は社会主義的・伝統的法であるが, ブラジルは政治的法である〕と, ジームスは混合法システムという観念の“destructive force”を明らかにするのである<sup>177)</sup>。

ジームスの『比較法』は, 法族論・法体系論から比較法理論史と比較法方法論中心のテキストブックへの移行を示すパイオニア的労作であり, 比較法学の

175) Id., at 82-84.

176) 本文中の㉑は後述する。㉒は, 特定の法システムの地域間に差異がある場合で, 植民地化により北部および南西部にイギリスのコモン・ローが, その他の地域にフランスのシヴィル・ローが影響を与えたカメルーン, 混合法システム(スコットランド, ルイジアナ, ケベック)を内包する連合王国, アメリカ, カナダ, イスラーム教が優勢な北部でイスラーム法が適用されるナイジェリア(宗教法, 慣習法, 政治的法による水平的区分の一例)が挙げられる(Id., at 89)。㉓は, 法分野相互間で垂直的区分がある場合で, たとえば南アフリカやスリランカでは, 財産法はシヴィル・ロー, 商事法はコモン・ローを基礎としているし, イスラーム諸国では契約法は西洋法とイスラーム法のブレンドであるが, 家族法はもっぱらイスラーム法にもとづく(Id., at 89-92)。㉔は, インド家族法のようにヒンドゥー教徒, イスラーム教徒, キリスト教徒にそれぞれ異なった法伝統のルールが適用される場合である(Id., at 92)。

充実を反映しているといえよう。

さて、本稿では、以上の法族論の変容とともに、法族論それ自体の根本的な見直しを迫る混合法システム論をさらに検討してみたい。混合法システムの形成と発展の跡を辿るのは、各システムにおける法の継受・法移植のプロセスを解明することでもあるから、混合法論に先立ち、法の継受・法移植論の比較研究の成果を説明する必要があるだろう。

#### 4. 法の継受と移植 (transplants)

(1) 『オックスフォード比較法ハンドブック』では、法伝統論を詳述したグレン論文に続いて、「移植と継受の研究としての比較法」と題するグラツィアデイ (現トリノ大学教授) の論稿を置き (同書第13章)、法移植が可能であることを前提にデュ・プレッシがチャレンジングな混合法論を執筆している (同書第14章。後掲5)。

(i) グラツィアデイはその法移植論の冒頭で次のように研究史を簡潔に述べる。「移植と継受の比較研究は、法文化の接触を研究し、それをきっかけとして生ずる変化の複雑なパタンを探求する。古代から世界の法システムの形成にあたり移植と継受が重要な役割を果たしてきたが、それにもかかわらず、比較法学者たちの世界においてさえ、本章の主題は比較的新しい研究分野なのである。それどころか、ヨーロッパにおけるローマ法の継受が少なくとも19世紀以降には学問の対象となる一方で、一般的現象としての移植と継受の検討は、1970年代より前にパイオニア的研究が公開されたのちに、20世紀後半の30年間に

177) Id., at 85-89. ジームスは本書刊行と同年に Siems, A Network-Based Taxonomy of the World's Legal Systems, Durham Law School Working Paper, March 2014 を発表し、世界の法体系を、①グローバルな英国域 (Global Anglosphere)、②現代ヨーロッパ法文化 (Modern European Legal Culture)、③法または宗教による支配・統治 (Rule by law or Religion)、④移行中の弱い法 (Weak Law in Transition) の4つの cluster に分けることをこころみている (日本は②に属する。③はイスラーム諸国と中国 [中国においては法がしばしば政府の道具となる]、④はラテン・アメリカ、中央アジア、ロシア、アフリカ諸国である)。

いたって初めて、比較法の主要なトピックとなった。1970年に比較法国際アカデミーはその会議の一セッションを『外国法のグローバルな継受』にあてた。4年後に、ワトソンの『法移植論』がそのテーマを比較法学の主要なテーマに選び出した。同年に、ロドルフォ・サッコによって、比較法の一般的な方法論的問題が、法移植および継受の研究と結びつけられた。それに続く数年間に、法移植という観念は、急速に比較法の中心的『パラダイム』となった。それにもかかわらず、法移植の可能性そのものが論争の対象となり、ピエール・ルグランの多くのエッセイは、移植というトピックにいつそう多くの注意をひきつけつつ、それをめぐる論争を活性化させた。これらの貢献は、初期のアメリカの法と開発運動のような法改革の現実のプロジェクトとは関係なく、理論的考察を進めた。しかしながら、縮小しつつある世界では、これらの考察ははなはだしく遅れたものとなった。今日では、そのトピックの重要性は依然として増大しつつある。たとえば、グローバルな規模で法改革を推進する国際組織が採用ないし支援する法改革プログラムにそのような重要性が認められる。経済的パフォーマンス（成果）と移植との関連性を調査する法と経済学の文献にもそのような重要性は顕著にうかがわれる」<sup>178)</sup>。

グラツィアデイによれば、急速に発達した分野であるためか、ターミノロジーには未確定な部分がある。「移植」という用語は<sup>メタファー</sup> 隠喩にもとづくもので、法の漸次的な伝播や外国のアイディアにより法改革にいたる継続のプロセスを把握するには不適切である（コモン・ロー諸国外では、「法モデルの流通」〔circulation of legal models〕という用語も通用している）。また、「継受」という用語は、中世および近代初期における大学教育を通じたヨーロッパ史におけるローマ法の伝播を典型とする、グローバルな法の移植（transfer）という特殊な意味を有する。グラツィアデイは包括的なターミノロジーとして「移植／継受」を用

178) Graziadei, Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions, in : Reimann/Zimmermann (eds.), supra note 100, at 442-443. 本論文のほかにグラツィアデイは、法移植論として, Graziadei, Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge, 10 Theoretical Inquiries in Law 693 (2009) ; Id., Legal Culture and Legal Transplants : Italian National Report, in : Jorge A. Sánchez Cordero (ed.), Legal Culture and Legal Transplants (2010) 483 を発表している。

いるのである。法移植による法的变化を示す総称的表現として、「影響 (influence)」, 「インスピレーション」, 「交配 (cross-fertilization)」などがある<sup>179)</sup>。

(ii) 以上の「序論」, 「ターミノロジー」に続く第3節「若干の古典的ケース」では, ①ヨーロッパおよび世界の他の地域におけるローマ法の継受, ②若干の民法典とその伝播, ③コモン・ローの伝播, ④混合法システム, ⑤(以上の法システム全体の継受に対し) 特定の制度の継受を検討する。

まず第1のローマ法の継受については, 「中世におけるローマ法の再生と, ヨーロッパ大陸の大部分およびスコットランドへのローマ法の拡大は, ヨーロッパの空間を横切る法的モデルの伝播のもっともよく知られたケースであろう。この漸次的なプロセスは, 大学教育の最初を中心であるボローニャで, 1070年ごろに, 効力をすでに失い当初はいかなる政治権力によっても承認されていなかった法の理想的モデルを甦えらせようとする知的なこころみとして, 出発した。この企てに関与した法律家は, 著名な人文主義者を除き, <sup>フィロロジスト</sup>文献学者ではなかった。彼ら法律家は, 法源の意味を明瞭にしようとつとめたが, 彼らは主に彼らの同時代の現実という視座から法源をとらえた。この基本的態度はヨーロッパにおけるユス・コムーネの終焉まで持続し, その時代におけるローマ法源の解釈と適用が続いて変化していった理由を説明する。……大学はローマ法を正規の研究対象として採り上げた。11世紀以降, 大学でのローマ法にもとづく教育は, 行政官, 裁判官, 弁護士として法実務に携わる学識法曹の全体的階層を提供した。大学が再生させたローマ法は結局は神聖ローマ皇帝により政治的に承認されたが, その領域内においてさえ時々抵抗にあった」, と概観する。大半のヨーロッパ大陸諸国においてローマ法が継受されたのは, ローマ法の質の高さによると主張されることが多いが, 継受は自由選択の結果ではなく歴史的必然である (たとえば, イングランドやフランスのように, 大学でローマ法伝統が勝利をおさめるよりも先に, 強力な中央集権体制がたまたま存在していたことにより, 継受は妨げられる) とするコシャーカーの指摘もあり, 争われている<sup>180)</sup>。

---

179) Id., at 443-144.

180) Id., at 445-447.



第2の「民法典とその伝播」については、ヨーロッパ大陸の普通法の時代は法典化運動によって終わったとして、もっとも影響力のあった1804年フランス民法典は、㊦ナポレオン軍の軍事的成功による併合・仏領化や(オランダ、ベルギー、ルクセンブルク、ポーランド、ジュネーヴ州など)、㊧強制を伴わない模倣によって伝播し、ヨーロッパ外への伝播も顕著である(独立達成の時点でモデルとして利用可能であったのが實際上フランス民法典のみであった中南米諸国、ドイツ・モデルに大きく依拠しつつフランスの特色も採用した日本[1898年民法典]、[トルコとイスラエルを除く]アフリカと中東)とする。フランス民法典の伝播が最終的成功をおさめたキー・ポイントとして、グラツィアデイは、㊨フランス民法典は全体としては新奇な内容ではなく、共通の法的遺産にかなりの程度まで立脚していたこと(フランス革命のきわめてラディカルな理念は導入されなかった)、㊩柔軟かつ調整しやすいテキストであったうえ、それを受容することがローカルな法文化からの離脱を必ずしも意味しなかったこと(ヨーロッパ大陸外では、フランス民法典は、ブルーリスティックなローカルな法秩序を構成する多くの要素の1つにすぎなかった)、㊪フランス民法典を導入してもその一部分(婚姻・離婚など)を排除する改正を伴う場合が多かったこと、を挙げている<sup>181)</sup>。外国への影響という点でフランス民法典には及ばないとしつつ、ドイツ民法典(草案)の日本・中国・韓国・ギリシアへの影響と、スイス民法典および債務法典のトルコ民法典(ケマル・アタテュルクによるトルコ共和国樹立後の1926年に制定)への影響——トルコにおいてイスラーム法は公式には消滅したが、オフィシャルな法とアンオフィシャルな法が共存している現状は法的多元主義の典型である——にも言及する<sup>182)</sup>。

第3の「コモン・ローの伝播」については、世界にまたがるコモン・ローの存在は、イギリスの通商・貿易とその世界的覇権の発展によるところが大きく、イギリス植民地は征服、割譲、第1次的占有権(right of first possession)といった根拠にもとづくが、「征服ないし割譲された植民地に関するイギリスの政策は、以前に適用されていた法は、それがイギリスの観点からして望ましく

181) Id., at 447-450.

182) Id., at 450-451.



なくまた調和しない場合以外は、そのまま効力を有するものとしておく、というものであった。かくして、ローカルな裁判所制度と慣習法に従った紛争解決の伝統的メカニズムは、しばしば機能し続けた」と解説する。したがって、インドにおいては、19世紀には、家族および相続問題にヒンドゥー法ないしイスラーム法が従来通り適用され、その他の事項には実質的にコモン・ローが適用された（英領インドの裁判所はインド社会に通用する限り「正義、良心、衡平の原則」に従って裁判を行う、という一般原則でカムフラージュされた）。1857年に東インド会社からインド統治権を継承したイギリス国王は、法典化とイギリス法にそくした法の統合とを推進し、植民地支配の終了後もコモン・ローの遺産がインドの法システムの一部となった。アメリカ合衆国の場合にも類似の移行パターンが認められる（ユニオン成立後に連邦諸州が採用した‘reception statutes’）。このようにかつてイギリスの支配下に置かれた新しい独立国家は、裁判所の役割、ベンチとバーの関係、法学教育の方法、立法のスタイルと内容といったイギリス法の遺産（コモン・ロー伝統）を現在も共有している<sup>183)</sup>。

第4の「混合法システム」については、㊦移植と継受は異なった法伝統間に生じて、混合法システムを創造する場合がある、㊩ほとんどの法システムは混合の結果であるが、狭義の混合法システムとは、ローマ＝ゲルマン伝統（ないしその伝統から分かれたスペイン法やローマ法系オランダ法）をある程度英米法がおおっている（become suffused）状態の法システムをいう（典型が、南アフリカ共和国、スコットランド、ルイジアナ、ケベック、プエルトリコ、フィリピン、イスラエル）、㊵歴史的な理由から、これらの法システムは、私法の基礎を主にヨーロッパ大陸法の遺産に負い、憲法および——裁判所の構成と訴訟手続を含む——公法を主に英米法伝統に負うという二重性を示すことが多い、と論じている<sup>184)</sup>。

(iii) グラツィアディ論文の第4節「変化をもたらす諸ファクター」では、グラツィアディは、法的変化・法移植をもたらすファクターとして、人口の移動、政治的決断（法創造に影響し、移植・継受にいたることもある）、宗教的・道徳

---

183) Id. at 451-452.

184) Id. at 453.

的・思想的影響、比較法それ自体（統一的ないしハーモナイズされた法規範の創造、ソフト・ローの利用、UNCITRAL や UNIDROIT の統一法・モデル法の分野での積極的活動）を挙げ、法的変化を理解するために比較法はこれらのファクターとイニシアティヴに注目しているが、移植と継受の研究はとくに①暴力を通じての法の強制、②prestigeのあるモデルに従いたいという願望、③経済的パフォーマンス（成果）の改善、といった3つのファクターに着目すべきであるとする<sup>185)</sup>。③においては、世界銀行や WTO による法改革プログラムは広い意味での法移植と位置づけることができ、そこでは「より効能的な法制度を採用することで、法移植は経済的成果を向上させるか（経済的効率の追求は、法移植を発生させる主要なファクターか）」が問題となり、経済的政策決定・経済発展に対する新たなアプローチが、現地の法システムの質や、プロジェクトに従事する国際的関与者（international actors）、といったファクターの法移植（legal transfer）研究における重要性を明らかにした、と論ずる<sup>186)</sup>。続く第5節「何が変化するのか？」では、①移植と継受による「法的変化」という概念自体が曖昧であるから、その説明が《移植と継受の研究としての比較法》の主要な目標である（法システムで実施されているルールのみの変化か、法システムのそれ以外のレベルでも変化が生じているのか）、②法的変化に関する諸要素を理解するのに役立ち、法移植を論ずる広い枠組を提供するのは、法的多元主義（legal pluralism）の理論である（多元主義のみならず異種交配〔hybridization〕にいたることもあり、混合法システムがその証である<sup>あかし</sup>）、③外国の要素がローカルなコンテキストの中に導入されると、新しいターミノロジー、新しい法様式（legal style）、新しい法意識が生ずることが多い、と指摘している<sup>187)</sup>。

(iv) 「未解決のトピックとしての法移植と継受」（本論文第6節）では、グラツィアデイは、移植と継受が世界の法システムの発展に貢献していることを認めると、法についての深い確信と対立する場合があるとして、①国家的権威（state authority）と法の関係についての確信（法実証主義からすれば、法は国家

185) Id. at 455-456.

186) Id. at 459-461.

187) Id. at 461-462.

意思の表明であるから、法が国外から国家意思による明示の決定を伴わずに導入されることは、不安をまねく）、②法と社会との関係についての確信（法は特定の社会の習俗・社会習慣と文化を反映するものであるから、法の相当部分が他の社会から輸入されたことを認めるのは、不安をまねく）を検討する。

まず第1のテーマ（法と権威）については、次のように分析する。法移植は主権による法規の制定の場合に限らず、形式上承認されていなくとも高度の影響を及ぼす理念や思考様式の場合にも生ずる。実定法規を超えた要素の借用が、権威者の合理的決定によって生ずることもありうるが、殆どの移植はこのような意識的決定や輸入される内容への十分な知識を伴わない。法移植・借用は、権威者が関心を抱く現実的な変化よりも一定の理念（ideals）を実現したいという法律家の願望を反映しており、このような理念を表わす無数の法規範が世界を横断している（法は matters of principle に深くかかわる）という実態に照明を当てるのが、法移植および継受の研究である。権威者が輸入される法を決定する場合でも、ローカルな環境に適応するプロセスにおいて、新たな予期されざる要素が付加されることが多い。要するに、法の内容に対する権威者のコントロールは限られたものである<sup>188)</sup>。

第2のテーマ（法と社会）については、こう説明する。①モンテスキューおよびサヴィニー以後、法と民族の特性（particular character of the people）との間に有機的結合があるという思想が広く普及し、モンテスキューの創始した伝統から生じた社会学は、法は社会の構成を反映するという思想を含んでいたが（デュルケームは法は社会のインデックスないし鏡であると論じた）、今日では、「社会」および「共同体」という観念が分裂していること（法を研究する人類学者・社会学者の共通テーマ）、法と社会との関係について正確な経験的主張をするのはきわめて困難であることから、こうしたモデルの説得力は疑わしくなっている。②ピエール・ルグラン（Pierre Legrand）は、法は一定の文化を離れては決定的意味をもたない、言語と文化が産出する意味の固有（土着）のシステムと世界観とが法の移転を阻害すると説いて、法移植と継受が法的変化の発

---

188) Id., at 463-465.

生にあたって主要な役割を果たすという理解に挑戦している。このルグランの見解は、①言語は文化に拘束されているので、異なる文化の中では同じ意味を持ちえない、②各文化は統一的な固有の(土着の)意味のシステムを表わしている、という2つの根拠にもとづく。①に対しては、「言語は、言語学上の変化や文化横断的コミュニケーションを許容するオープンで進化的性格を有する。若干の法システムは多言語法(multilingual laws)を採用してきた。このことから、原則として、同一の規範は複数の言語で表現可能であることがわかる。果たしてクロス・ボーダーなコミュニケーションは『完全』たりうるかという問題設定は、あらゆる単一の言語システム内では『完全な』コミュニケーションが可能であることを前提とする。しかしこの前提は、不可能な理想的基準を設定しているために、最初から問題がある。われわれの日常生活は、いかなる言語を話していようと、誤解に満ちている」と批判する。②に対しては、法が文化であるとするなら、文化と同様に法も寄せ集め(mishmash)・借用・混合の結果であるという見解を容れるべきであり、「輸入したものの意味はローカルな利用者がそれに与える意味によって決定されよう。法の移転は(他の文化的要素と同様に)時間と空間を横断する要素の再生産を伴う。これは機械的なプロセスではない。それは人間の学習を伴い、学習は改良と実験を欠いては不可能である。……言うまでもなくこのプロセスは創造的であるが、創造的解釈は真空の中では生まれず、文化的コンテキストの中で発生する」、「文化集団のアイデンティティは、他の文化との接触から生ずる変化によってそこなわれるものではない。反対に、外国の文化的特徴を選択的に利用することは、生きた文化の維持にとってしばしばきわめて重要なのである」と反論する<sup>189)</sup>。

(v) グラツィアディ論文の第7節「教訓」は、「われわれは、今や、法移植の研究が法について何を教えてくれるのかを問うことができる。法移植を理解するためには、それを単に主権的権威のあらわれと解してはならないことが判明した。それよりも、国家当局であれ、利益集団であれ、学問的ないし専門的エリートであれ、法移植を主導する者たちが演ずる多様な役割を考慮しなければ

189) Id., at 465-470.

ばならないのである。さらにまた、法が移植されるときにそれがどのように変容するのも考慮しなければならない」とまず指摘する。「比較のパースペクティヴから法的变化 (legal change) を理解するためには、社会における法は(『法』, 『法文化』, 『社会』といった) 包括的概念が表わす首尾一貫した対象 (coherent and consistent object) ではない, ということを認めなければならない。『法』とは、実は法的人工物のコラージュを示す一般的概念なのである。それゆえ、同一の法システム内でも多様なファクターが作動しうる。フランス民法典の条文の適用が、ドイツの法のカテゴリーのレンズを通してそれらの規定を読む、ドイツ法的思考に浸っている法律家の手に委ねられることも、十分に起こりうるのである」。「この多様性 (multiplicity) を承認するならば、境界を越えてゆくものは、訓練されていない者が見れば単なる『法』にすぎないかもしれないが、実体および形式の双方においてきわめて多様であること (diverse) がわかる。したがって、法文化および法秩序の統一的な像は、他の法秩序との相互作用も含むローカルな法のより分析的で、ダイナミックで、現実的な像 (picture) と交替すべきである。比較法は、法移植と継受の研究として、不適当な組合わせと矛盾は、首尾一貫性と同様に法の特色であることを示す」。「法移植は、法の全体としての知的一貫性・合理性・社会の要請への対応力を強調する思想に対してまさに挑戦するものであるから、比較法学者の間で次第に注目を集めつつある」<sup>190)</sup>。移植と継受のプロセスを、移転された法とローカルなコンテキストとの「適合」(fit) の度合によって説明するアプローチに対しては、①法の首尾一貫性と合理性を追求して現実を歪めるとともに、移植が成功しないし失敗する理由を説明できない、②移植が実際にどのように生ずるのかを説明できない、③移植に影響を与える関与者 (actors) を無視している (グローバルなロー・ファームなどの global actors がかつてないほどの規模で法的モデルの伝播を推進しており、世界を横断する法的变化のダイナミクスを理解するにはグローバルかつ国際的な次元に注目する必要がある)、という問題があるとグラツィアデイは批判している<sup>191)</sup>。

---

190) Id., at 470-472.

191) Id., at 472-473.

(vi) グラツィアデイは、法の「継受／移植」の比較研究の重要性を強調し、「法文化および法秩序の統一的な像は、他の法秩序との相互作用も含むローカルな法のヨリ分析的で、ダイナミックで、現実的な像と交替すべきである」と提言する。グラツィアデイは、法の主権的権威や法と文化の関係は、法の「継受／移植」の妨げとはならないとして、法移植の担い手たち (legal actors) の多様な役割の認識、移植に伴う法的变化 (変容) の研究の必要性を説くのである。移転された法とローカルなコンテクストとの「適合」を基準とするアプローチを批判し、法は法的人工物のコラージュであるとするグラツィアデイの見解は、法伝統を規範的情報であるとしてその交流と共存を説くパトリック・グレンの法伝統論に近似しているといえるのではあるまいか (ただし、グラツィアデイは既述のように移植の担い手に着目している)。グラツィアデイの論述はやや具体性を欠くため、彼のプランを取り入れつつ、各国の継受についてのナショナル・リポートを資料として、継受・移植による「法的文化変容」の状況を概観したコルデロの壮大な論稿を次に紹介したい。また、グラツィアデイの論稿は混合法システムについてわずかしき言及していないが、この点は後掲のデュ・プレッシラの業績が参照されるべきである。

(2) 2010年にワシントンDCで開催された第18回比較法国際会議 (the XVIII<sup>th</sup> International Congress of Comparative Law) の法史学および法民族学のセッション (座長ラインハルト・ツィンマーマン) では、「法文化と法移植」というテーマを採り上げ、その一般報告者である Jorge A. Sánchez Cordero (メキシコ統一法センター長) は、「法的文化変容 (Legal acculturation) —— メキシコの視座」と題する——「前衛的学者ロドルフォ・サッコに」捧げる——長編論稿を提出している<sup>192)</sup>。その第1部は、①シナリオ、②担い手 (Dramatis personae)、③法的文化移転 “transculturation” の運動 (「法と開発」, 「法と社会」,

192) Jorge A. Sánchez Cordero, The Process of Legal Acculturation, A Mexican Perspective, in : Cordero (ed.), supra note 178, at 1-69. なお, Cordero, The Reception of Legal Systems in the Americas : Diversities and Convergences, 24 Tul. Eur. & Civ. L. F.231 (2009). ラテン・アメリカにおける比較法の発展は、すでに貝瀬「比較法学者たちの饗宴(1)」立教法務研究3号1頁以下(2010年)で紹介したため、コルデロのラテン・アメリカにおける法移転の叙述は本稿では省略する。



「法と金融」), ④学派 (道具主義, 文化主義, 経済学派, ポスト・モダニスト), ⑤法文化と法伝統, ⑥国際法実務, ⑦ラテン・アメリカとその法的変遷, ⑧結論から構成され, 第2部のナショナル・リポートの分析は, ①2つの世界の出会いからフランス革命まで, ②フランス革命から第1次世界大戦まで, ③第1次世界大戦の終結から1989年のベルリンの壁崩壊まで, ④ベルリンの壁崩壊からポストモダニズム運動までに分かれたれ, 第3部の結論にいたる。

(i) コルデロは, 20世紀の最大の貢献の一つは文化概念の拡大であり, それは法を含むあらゆる社会科学に及んだとする。法と文化に関する近時の研究は, 法が文化をどのように形成したかあるいは法のよりよい理解に文化がどのように貢献したかを解明しようとしてきたのであって, その主たる特色の一つが法文化的適応 (legal acculturation, 法移植) のプロセスである, とコルデロはいう。「法文化的適応は, グローバリゼーションの特色ある時代における, 各法システム間の密な相互作用のきわめて当然の結果であった」。この文化的プロセスは, 比較法の基礎とその方法論の完全な再構成をもたらした<sup>193)</sup>。ロドルフォ・サッコは, マックス・ヴェーバーとタルコット・パーソンズの影響を人類学に統合したクリフォード・ギアツ (Geertz) の見解——文化は, シンボルとして表現された意味の体系である——を法学に導入した<sup>194)</sup>。

コルデロは, 社会システムが生き残るには, 効率的な社会組織と文化的遺産の伝達が必要である, 文化的適応は文化の交換を意味する, すべての文化は雑種で異質であると論じたうえで, 法文化的適応のプロセスのヴァリエーションとして, ①強制的適応と自発的適応, ②統合による法適応・法的同化による法適応・法的交配 (legal hybridism) による法適応を挙げる (ただし, 類型論は適応のプロセスのダイナミックな複雑さを説明するには不十分である)<sup>195)</sup>。適応のプロセスを分析するには, ある法文化の語いを他の法文化のそれに翻訳する法的翻訳の分析が重要である。翻訳の過程では本国と継受国の法システム間で基準の衝突が存在し, 法伝統の翻訳は必然的に継受国での過誤を生む (「適応は大量

---

193) Id., at 1-2.

194) Id., at 3-4.

195) Id., at 5, 7, 9-11.



の過誤が蓄積するプロセスである」)<sup>196)</sup>。

次いでコルデロは法文化的適応の担い手 (Dramatis personae) として、①国際組織 (UNCITRAL, UNIDROIT, ハーグ国際私法会議, WTO, IMF など立法権は欠くが、「基準設定」によって貢献)、②国家 (USAID, 中欧・東欧のためのアメリカ法律家協会の立法的イニシアティブなどのプログラム)、③私的組織 (ドイツの Stiftung für international rechtliche Zusammenarbeit, アメリカのフォード財団などの私的基金)、④学者 (比較法方法論に重大な影響を与え、それは移植・文化移転 [transculturation]・外国法の適応と密接に結びついた比較法の現代的な方法へと変容を遂げた) を挙げる<sup>197)</sup>。

(ii) コルデロは、法的文化移転 (legal transculturation) の運動として、①「法と開発 (Law and Development)」運動、②「法と社会 (Law and Society)」運動、③「法と金融 (Law and Finance)」運動を論じ、これらの運動を解説しようとする学派として、①' 道具主義者 (instrumentalist) 学派、②' 文化主義者学派、③' 経済学派、④' ポスト・モダニスト学派を検討する。①の「法と開発」運動は、ラテン・アメリカを主なターゲットに、アメリカ政府、アメリカの代表的財団、スタンフォード大学・イェール大学法学部の支援のもとで進められた先進国のスキル・制度・理念を発展途上国に法教育を通じて移転する最大にして最も多産な運動であった。「それにもかかわらず、フランスの思想家ピエール・ブルデューの社会学的モデルに従いながら、Dezalay とガースは、法の理念と法制度は、(自分のキャリア、家族、階級的地位のような) 自分自身の利益ないし自己の法律事務所と組織のために活動する原告代理人の個人的努力の結果として、ある法域から他の法域に移動したのでであると仮定し、それを論証した。ラテン・アメリカ地域へのアメリカのロー・ファームの影響および国際実務の発達、自らの『社会的資産 (social capital)』を増大させることにのみ注目する実務家が支える国際戦略を発生させた。この現象は、法的ルールの移転と変容におけるトランスナショナルな法的エリートの機能についての経験的研究を生んだのである」<sup>198)</sup>。②の「法と社会」運動は、①に対抗して発生し

196) Id., at 12.

197) Id., at 14-16.

たもので、法は本来ローカル・テクノロジーであるから、法制度の移転を希望するのは単純素朴にすぎるとし、「これらの社会学の知見を有する研究者たちは、政治学から借用・改作した議論をリーガル・リーズニングに適用し、フォーマルな法を非常に異なったインフォーマルな環境に移転しようとする努力は失敗するであろうし、かえって反生産的であろう、と示唆するのである」<sup>199)</sup>。

③の「法と金融」運動は、世界銀行がスポンサーとなって、La Porta 教授が推進したものであり（アメリカ大陸では、National Law Center for Inter-American Free Trade が大規模に推進）、1990 年以降 330 以上の立法プロジェクトを支援した Doing Business プログラムを育成した。この運動は、法は法的・社会的近代化の道具として輸入さるべきテクノロジーの一形式であるとする「道具主義者」的見解を生み出し、法移転 (legal transpositions) の価値は、官僚制的合理主義と経済的効率性の理念ではかられることになる<sup>200)</sup>。

以上の動向を解明しようとする諸学派の内容は、コルデロによれば次の通りである。まず第1が、アラン・ワトソンに代表される「道具主義者」であり、法と法が機能する社会との間には固有の結びつきは存在せず、法はそれ自体の生命を有する自律的なもので、移植によって法は発展すると説く<sup>201)</sup>。第2が、ピエール・ルグランを中心とする「文化主義者」である。ルグランは、文化は共同体の独自の「精神的創造物」であるとして、「メンタリティの単純化できない相違」(irreducible differences des mentalités) を説き、比較法学者は異文化内の異別の法制度の真の意味を実際に理解することはできない、法移植は規制と法の技術的規格化 (technical standardization) を好む全体主義的合理性の一種であると批判する<sup>202)</sup>。第3が、ウゴ・マッティの指導する「比較法と経済学」学派であり、法システムは特定の問題につき多様な解決を提供する機能的マーケットであるから、伝統・文化・イデオロギーの取扱いに要するコスト (transaction costs) に応じて、もっとも効率的なルールを目指した自由な移植

---

198) Id. at 17-18.

199) Id. at 18.

200) Id. at 18-19.

201) Id. at 20.

202) Id. at 22-23.

か、法的多様性(移植へのレジスタンス)のいずれかにいたるという<sup>203)</sup>。第4が、リーガル・リーズニングと法言語は法的背景(legal context)と不可分であるとする比較法におけるポスト・モダニスト学派である(ダンカン・ケネディ, Esquirol, フランケンベルク, ユタ大学のグループ)<sup>204)</sup>。

コルデロは、以上の「法文化」とは、歴史的記憶と伝統の沈澱物(sediment)であり、「法の支配」の規範的な力は政治的・社会的・法的伝統と結びついていることによるから、複雑な主要法伝統のヴィジョンを継続的かつ相互的な交渉の中で歴史的に描き出そうとするグレンのアプローチ(ここでは、移転と適応は継続的なプロセスである)は、きわめて魅力的である、と評している<sup>205)</sup>。

(iii) コルデロは、第1部の結論において、歴史は、法制度の移転(migration)が繰り返し生ずることを示してきたし、かかる現象は今後も持続するであろうから、法システムの純粋性を主張するのは誤りであるとする。グローバリゼーションのプロセスを通じて、国民国家はダイナミックな政治的・経済的変革、法制度のラディカルな改革を進めざるをえず、その際に立法者は——ますます相互依存が高まるこの世界では、法の統一性を推進しようというプレッシャーがかかることもあって——外国法の借用や一定の法の国際的なハーモナイゼーションが可能かどうか(文化的に相容れない移植でないかどうか)を決断しなければならない。異なる法システム同士でも、その社会的コンテクストにおいては類似の課題に直面している場合があり、かかる争点を解決するための法を双方で発展させているならば(機能的分析)、法移転には理想的である。未来の法発展は理念と制度の文化移転(transculturation)によるところが大きいが(エリュージュの見解)、法移転(legal transposition)を成功させるためには、法システムの相違・分岐と収束とを判別しなければならず、ここにいる収束(convergence)とは、多様性を受け容れること(調和と両立[harmony and compatibility]を求めること)を意味する。法移転を実現する場合の真の課題は、

203) Id., at 24.

204) Id., at 26.

205) Id., at 27.

単なる法の形式にとどまらず、その価値と信念 (values and beliefs) を移転することである。継受国に導入された法システムは、そこに特有の社会的=法的文化に適合するように用いられるので、音楽で用いられる移調 (移転) transposition というタームがより適切であろう。法移転には、法学教育、法実務、慣例 (rituals)、推論と議論の方法、各種の法学文献、イデオロギー、法的メンタリティも含まれる。法移転は必ず法的変容 (legal transformation) を伴う (重要な変化なくアイデンティティを維持するのは不可能である)。以上の分析は、法的文化移転 (transculturation) のプロセス、そのプロセスの基礎にある価値と理念、そのプロセスを動機づける政策的利益において真に重要なファクターを照らし出そうとしたものである<sup>206)</sup>。

(iv) コルデロのリポートの第2部は、「ナショナル・リポートの分析」である。コルデロは、世界の法体系を、①コモン・ローの伝統的な英米法系 (legal system) (オーストラリア、ケベックを除くカナダ、イングランド、イスラエル、ケニヤ、ニュージーランド、ナイジェリア、パキスタン、シンガポールなど146法域)、②ローマ=コモン・ロー法系 (Roman-Common Law legal system) (日本、韓国、ケベック、南アフリカ、スコットランド、スリランカなど15法域)、③ゲルマン=スカンジナビア (German-Scandinavian) 法系 (フィンランド、ドイツ、インドネシア、オランダ、ノルウェー、ポーランド、スウェーデン、スイスなど13法域)、④フランス=ラテン=ゲルマン (Franco-Latino-Germanic) 法系 (オーストリア、チェコ、デンマーク、ハンガリー、イタリア、ルイジアナ、フィリピン、タイ、トルコなど13法域)、⑤フランス=ラテン (Franco-Latino) 法系 (アルジェリア、アルゼンチン、ベルギー、ブラジル、チリ、エジプト、フランス、ギリシア、イラン、イラク、メキシコ、ペルー、ポルトガル、スペイン、ヴェネズエラなど76法域)、⑥浮上しつつある法域 (emerging jurisdictions) の法体系 (中国、ロシア、ヴェトナムなど18法域)、⑦イスラーム法系 (アフガニスタン、クウェート、サウジアラビア、アラブ首長国連邦など14法域)、⑧配分できない法域 (ブータン、カンボジア、エチオピア、北朝鮮、ラオスなど13法域) にまず分類する<sup>207)</sup>。叙述の

206) Id., at 33-37.

207) Id., at 38-41.

時代区分は、①' 2つの世界の出会いから18世紀末のフランス革命まで、②' フランス革命に始まり、アメリカの独立を含む19世紀を経て、植民地時代の終わりを画する第1次世界大戦の終結まで、③' 第1次大戦の終わりから1989年のベルリンの壁の崩壊まで、④' ベルリンの壁の崩壊からポスト・モダンズム運動を経て、現在までの、4段階である(いずれも、法的モデルの移動を促進した“guidelines for geopolitics”となった事件に対応する区分である)。

まず第1に、①' のフランス革命までの章では、⑦' すべてのヨーロッパのナショナル・リポートは、自国の法システムの進化が、旧大陸の歴史とその文化の形成に密接に結びついていたと評価している(その明らかな例が、1795年のフランスへの併合により、フランス革命立法とナポレオン法典が導入されたベルギーである)、④' スコットランドはその法システムのユニークな形成からして、比較法における魅力的な一事例で、継受法システム(receptive legal system)と考えることができる(11世紀にきわめて影響力のあったケルト法に、イングランド封建法、教会のカノン法、大陸ローマ法が浸透し、当初から混合法域を形成した)、⑤' ロシアは、基本的に国家自身により西欧の個人主義的法体系<sup>システム</sup>を継受したが、それは国民の生活の質を犠牲にして行われ、大幅な人口減少をもたらした、⑥' アメリカの土壌においては、法体系の移植(migration)の実験が始まり、アングロ＝サクソンのコモン・ローとフランス法典との衝突が生じ(ケベック)、植民地としてのきずなが切れてからは、ケベックはカナダの中の周縁的文化圏と考えられるようになった、と論ずる<sup>208)</sup>。

第2に、フランス革命から第1次大戦までの章では「法の形成は大幅にヨーロッパの法体系<sup>システム</sup>に依存していた」と冒頭で指摘し、次のようにいう。⑦' 中国は西欧のコントロールのもとにあり(日本とタイのみが西欧の支配を免れていた)、アジアにおける法的文化移転(legal acculturation)のプロセスのもっとも重要な一例が香港であった(ここではコモン・ローと並んで中国の制定法が適用され、コモン・ローの根本原則と矛盾しない限り、中国の慣習〔uses and customs〕が実施された〔植民化時代の「融合された」コモン・ロー・システム〕)。④' インドの植民

208) Id., at 42-44.

地時代は現在の法システムを形成する助けとなり、その法制度はイングランドの法制度と英語を基礎とするもので、法史におけるもっとも重要な法移転 (legal transpositions) の1つであった。当時のインド法は宗教上の慣習・制度・信条ときわめて密にからみ合っていたために、ヒンドゥー法・イスラーム法に平等な地位を与えるとともにイギリスの “justice, equity and good conscience” の概念を導入して多様な法制度の安定をはかる 1772 年法の「啓蒙政策」が必要となった。㊦「ヨーロッパにおいては、多くの諸国が長らく同一の文化に溺れており、この同一の背景からして、1865 年の最初のイタリア民法典がフランスの重要な影響を受けたことも驚くにあたらない。フランスの文献が翻訳され、イタリア全土に広く伝播した (diffused)。オーストリアの遺産も法的文化移転 (transculturation) の重要で典型的な源泉である。イタリアの法的エリートはその目をドイツの歴史法学派に向け、その結果として大量のドイツの法学文献が翻訳され、イタリアで熱心に研究された」。㊧ロシアでは、親スラヴ派と (19 世紀から 20 世紀初頭にかけて有力となった) 親西欧派とのイデオロギイ的闘争が続き、西欧の私有財産中心の法秩序が、自由主義的改革の法的イデオロギイとなった。㊨「ヨーロッパ大陸の南部であるアフリカ・マグレブ地方 (アフリカ北西部地中海沿岸で、モロッコ、アルジェリア、チュニジア 3 国にまたがる) では、異なった時代区分で描かれるチュニジアの場合のように、法の発展は別のコースを辿った」。イスラーム国家であったチュニジアは宗教法たるイスラーム法が適用されていたが、1881 年にフランス保護領 (protectorate) となってフランスの法システムとの結びつきが生じ、1956 年の独立によって立法府が権限を獲得した。㊩アメリカ大陸では、ロウアー・カナダ (Lower Canada) において、フランス系住民が、イングランドの裁判官法の浸透に抵抗し、法典が移民間への法の伝播を促進すると解したため、フランス・モデルにもとづく法典を英仏両語で起草することとなり、二文化併用主義 (biculturalism) がカナダ連邦のバックボーンとなった (コモン・ローと成文法という 2 つの法伝統の調和)。13 のアメリカ植民地 (とくにニュー・ジャージー、ロード・アイランド) が当初はコモン・ローを排除したが、フランス法を代用できず (裁判官もフランス語を利用できなかった)、商工業の発展に伴って生じた旧植

民地の新たな法伝統とイングランドの法伝統が矛盾しなかったことから、アメリカ全域にコモン・ローが拡大していった(住民の大半がフランス語を用いたルイジアナは例外)。1839年のフィールド法典は、立法を簡明に理解可能にするためのものであり、コモン・ローの伝統を放棄する趣旨ではない。ラテン・アメリカにおいては、1869年のアルゼンチンの Veléz Sarsfield 法典が法移植(legal transpositions)の明瞭な一例である<sup>209)</sup>。

第3に、第1次大戦の終結から1989年のベルリンの壁の崩壊までを扱う章を検討する。コルデロは、「アジア、とりわけオーストラリアでは、この時期には英国王の支配から次第に分離してゆくという特色がみられる」として、オーストラリア、インド、中国をまず分析する。㉞オーストラリア最高法院(High-Court)は、“Australian-made law”の基礎を構築して、他のコモン・ロー諸国からはやや外れる道を辿り始め、イングランドへの「法的屈従」(legal cringe)を語る形でナショナル・アイデンティティへの関心が高まり始めた。㉟独立後のインドにおいては、イングランドから借用した法から離れて、新たな価値にもとづく法システムを発展させるべきであるとする国民感情が高まったが、コモン・ローの基礎である先例拘束性の原理(precedent)はインド法システムにおいても確立し、宗教と文化の多様性にもかかわらず、現行の法システムと裁判所のヒエラルヒーはイギリス法にもとづいている。㊱中国においては、19世紀末から20世紀初頭にかけて、ヨーロッパ私法を移植した日本モデルに倣って成文法を起草する「法移転」(legal transpositions)が行われ、この法文化は現在も存続し、1978年以降のコモン・ローの移転の進行中も中国は成文法のシステムに固執している。㊲第2次大戦後のスコットランドでは、「第1次の法ルネッサンス」が生じ、スコットランド法は真正のスコットランド精神の発露である(ヨーロッパ共同体内でのコモン・ローとシヴィル・ローとを架橋する運命を担う)と主張された(大学のカリキュラムの編成にローマ法が“driving force”として再登場した)。㊳ヨーロッパ大陸においては、デンマークが典型であるように、ヨーロッパ連合の発達が多くのヨーロッパ諸国の進路を

209) Id., at 45-49.



指示した（デンマークは、著名な「ランドー原則」〔Lando Principles〕によってヨーロッパ法のハーモナイゼーションを主導した）。法移転（legal transposition）は立法に限らず法学文献を通じても実現されるが、イタリアでは、ドイツの法学文献がイタリアの法発展を活性化し（フランス民法典は省略が多く不正確である、と批判された）、1970年代初頭にはイタリア法システムの大変貌（the greatest metamorphoses）が国際的に著名な法学者たちの理論構成によって完成した（離婚制度の導入と両性平等原則にもとづく家族法改革）。法と経済学の領域にみられるように、アメリカ法がイタリアの実務に浸透し、イタリアの裁判官も外国法を参照するのが常態化した。<sup>⑦</sup>ヨーロッパとアジアの交差点にあるトルコは法移転（legal transpositions）の成功例として繰返し言及され、スイス法を逐語的に採用するとともに、それを実効性あらしめるために、イスラームの宗教システム、オスマン帝国を支配していた法的多元主義を廃止した。<sup>⑧</sup>東ヨーロッパでは、旧ソヴィエト連邦地域でソヴィエト法および共産党イデオロギーによる厳格な中央集権化が存在したため、連邦解体後も旧ソヴィエト法の特色を維持している国家が多い。ロシア法文化の特色である法に対するニヒリスティックな態度（nihilistic attitude towards the law）はスターリン時代に由来するもので、ロシアにおける法とは、伝統的な東洋の法文化に類似しており、知識・権力・正義・真実の混合体である（competenceと同義）。ロシアの現代立法はもっとも先進的な諸国の法モデルの影響を受け、1990年代初頭に倒産・証券取引などの分野で西欧法が移植されたが<sup>⑨</sup>（transposed）、これらはロシアに根づかなかった（たとえば、アメリカに倣った1992年企業倒産法は、1998年に伝統的な内容の新法に代わった）。<sup>⑩</sup>ケベックでは20世紀後半に再度の法典化が行われ、その法典はポスト・モダニスト的性格を反映している（法の抽象的・普遍的性格に疑義を呈するのがポスト・モダニストの思潮であって、多様な外国法源との対話と調整による文化変容〔acculturation by integration〕がケベック新民法典を特色づけている）。アメリカ合衆国においては、大量生産および消費が商事立法のハーモナイゼーションを必要ならしめたが、統一商法典は外国法システムからの移植なしに創造された（独自の司法制度も発展した）。しかしながら、テキサスとルイジアナには、依然としてスペインとフランスの伝統が残ってい

る<sup>210)</sup>。

第4に、ベルリンの壁の崩壊からポスト・モダニズム運動までである(ポスト・モダニズムは最初は芸術分野で用いられたタームで、1990年から文学・哲学・社会科学の分野に拡大された)。<sup>㉗</sup>オーストラリアにおいては、その歴史的由来と土着の人々の権利を受け容れようとする動きが顕著であるため、オーストラリアの権利章典の不存在が今後の争点になるであろう。<sup>㉘</sup>将来のインドの法システムの趨勢は、その歴史の結果として、きわめて複雑なものになるであろう。イギリスは、shastric (Shastras) 法と慣習の枢密院 (Privy Council) による解釈とを通じて法文化を創造し、“justice, equity and good conscience” の法格言を適用し続けた。しかしながら、インド憲法上、独立前からの法も現行法システムの一部とされており、婚姻・相続・養子などの主要分野において、土着の“personal laws” が——とりわけヒンドゥー教徒、キリスト教徒のために——法典化されている。<sup>㉙</sup>香港は移行期にあり、中国法体系と、「融合した」(fused) コモン・ロー・システムとの相互作用が始まったばかりで、混合法域のひとつに移行するであろう。<sup>㉚</sup>「ヨーロッパに移れば、大陸もまた重大かつ興味深い法的変容を経験した。イングランドおよびウェールズの法システムは、英米法システムの淵源であったが、法文化および法的ルールにつき、20世紀の終盤にヨーロッパ連合から大きな影響を受けた。グローバリゼーションのプロセスが人およびテクノロジーの前例のないほどの移動を促したが、それにもかかわらず、イングランドのナショナル・リポートは、シヴィル・ロー法律家とコモン・ロー法律家との間に概念上の相違が依然として存在する、と主張している。コモン・ローは、トラスト、約因理論、証書 (deed) のようなフォーマルな文書の利用などの基本的特色を維持している。それにもかかわらず、イングランドのリポーターが認めているように、『1998年人権法』(Human Rights Act of 1998)を通じて、基本権が問題となる私法の重要な領域——財産法、家族法、名誉毀損およびプライバシー法、雇用法——はヨーロッパ法学・判例法により形成されてきたのである」。スコットランドにおいては、ヨ

210) Id., at 49-56.

ーロッパ連合加盟・新たなスコットランド議会の開設・人権法によって、「第2次スコットランド法ルネッサンス」が発生し、その「混合性」が活性化された。④中東欧も多様な変化を遂げ、たとえばチェコ共和国では、21世紀への転換期に大規模かつ重要な移行（transition）を経験し、民商法・国際私法などの中核的法域で改正が行われ、民法の起草者はチェコの伝統を維持しつつも、ヨーロッパ私法の諸原則から重要な影響を受けた（民法典は社会管理の道具ではなく、私的生活の自由な設計を保障するものであるとし、意思自治を強調）。ルーマニアは、ヨーロッパ連合の指令（directives）に従った法的移行の段階にあり、その法システムはローマ＝ゲルマン的要素を維持しつつも、法典と21世紀以降の法典化されていない法（non-coded laws）とが混在している（後者の法典化されていない法は、共同体法およびヨーロッパ人権法裁判所の判例と整合性を保つための解釈が必要となり、法実務の不統一がヨーロッパ側から厳しく批判されてきた）。ルーマニア新民法典は社会主義の遺産を完全に根絶している。⑤トルコにおいては、大学教授・法曹・司法省から構成される Audit Commission が、UNCITRAL の業績やヨーロッパ連合の指令などを重視してトルコ法の改革を進め、スイス法から最終的に脱却した（2001年11月）。⑥ケベックのレポーターは、脱法典化（de-codification）のプロセス——伝統的には民法典の領域と考えられていた内容を特別法（specific laws）として立法化する——を指摘する。裁判所による法の解釈を検証すれば、法的文化変容の多様な形態——同化（assimilation）による法的文化変容や統合（integration）による法的文化変容——が明らかになる（ケベックにおけるコモン・ローの減少は、ポスト・モダニストのスタンスと調和するし、ケベックでの法改正を通じて、基本権とともにシヴィル・ローがまき散らされている）。ケベックのトラストにも混合的性格がうかがわれ、ケベックの判例法は、民法典と調和する限りにおいてトラストの効力を認めた。ケベックは、プロパティとトラストの2分法それ自体がケベック法と相容れないとして、（債権法の中にトラストを編入したフランスやルクセンブルクのように）財産法の中にトラストを位置づけたのである（統合による法的文化変容）<sup>211)</sup>。

(v) コルデロのレポートの第3部は「結論」である。コルデロは、「成功や

失敗を乗り越え、メキシコは19世紀以来きわめてブリリアントな精神を悩ませてきた同一の根本問題に直面している。すなわち、いかにしてメキシコを近代化するかという問題である。19世紀にはリベラルな理念とデモクラシーを導入することで十分であると考えた。2世紀の試行錯誤ののち、今日では、社会はゆっくりと進んだのであって、改革が実を結ぶためには、メキシコの伝統と調和し、それを尊重する改革でなければならないことがきわめて明瞭であると思われる」とする詩人オクタビオ・パスを引用する。コルデロの結論を検討しよう。①中国はカテゴリカルにはシヴィル・ロー国家（少なくとも1978年の法体系の再創造はその道を歩んでいる）であるが、留保なしに法的メカニズムを移転したのではなく、法典の諸原理を経済的・社会的・文化的価値に順応させるためにアメリカの法システムとの相互交流（inter-exchange）を開始した。②日本のリポーターは、国際通貨基金や世界銀行などの国際組織が南東アジアで推進した複雑な法移転（legal transpositions）においては、法システムの「西洋化」を求める国際的な圧力が顕著であると指摘する。「この地域の諸国は現在では、グローバリゼーションの圧力と、相互に矛盾するとともにローカルなシステムとも矛盾する多様なモデルを導入したドナーの圧力との結果として生じた、法システムの体系的不整合に、これまで以上に苦しめられている、と日本のリポーターは記している。したがって、日本はその法整備支援（legal cooperation）にこれまで慎重であって、法改革の努力に先立って慎重に準備した調査を行い、裁判官が規範上のギャップを埋める媒体となるために必要な裁判官の独立に注目するのである」。③イタリアのリポーターであるグラツィアデイ Graziadei（本プロジェクトが多くを負う）は、『近代法は西洋の財産であって、それを寛容に他の文明に提供したのである』とする西洋の神話は、現実に対応していないと説く。イタリアの例からわかるように、法典のみで国家の法文化を創造することはできず、法文化は法伝統の結果なのである（法典化のプロセスは専制的権力の新たなシンボルであったがゆえに成功したのであり、それはまた国家的統一性を示し、国家が法を独占するという実証主義者のドグマを確認す

るものとなった)。<sup>④</sup>オランダのリポートによれば、法文化はそれを決定する政治・法・司法(justice)との結びつきを考慮に容れて分析されなければならない、法移転(legal transpositions)とは、継受社会の法文化における翻訳と文化変容(acculturation)のプロセスである。法移転の成功は、政治的条件と一般的な社会の要請が許容する場合に、法的革新が既存の法文化に適合するかどうかにかかっている。<sup>⑤</sup>「もっとも肯定的な結論を導くのはドイツのリポートであり、ドイツの法システムは絶えず外国文化および法移転の影響を受けてきたと示唆している。ドイツの文献においては、法移転論は法の継受の分析の中で行われている。近時は、ドイツの立法は統一的国際法(uniform international law)となり、ヨーロッパ的アプローチを採る『ランドー原則』や、普遍性を意図する『ユニドロワ原則』のような『諸原則』との関係で、『ソフト・ロー』として論及されている。ヨーロッパ指令(Directives)は国家と共同体の二重システムを促進してきたのであって、そこでは法移転を<sup>アイデンティファイ</sup>特定することがはるかに困難なのである」。<sup>⑥</sup>ポーランドのリポートは無視できない最終考察を含んでおり、そこでは、「グローバリゼーションのプロセスはある程度の統合にいたるのであって、文化的伝播(cultural diffusion)のプロセスを引き起こす。文化的伝播とは、国際的・文化的接触、ある文化の産物の他の文化への普及浸透、<sup>リーガル・トランスプランツ</sup>『法移植』の使用から生ずる社会的変化のプロセスをいう。文化的伝播のプロセスは、文化システムの相互作用の変容(transformation)にいたるのであって、文化移転から文化変容へ、脱文化(deculture)の窮極のレベルであるローカルな伝統にもとづく特殊な文化の消滅にいたるのである」と論じられている。<sup>⑦</sup>コルデロはロシアのナショナル・リポートを比較的詳しく採り上げ、<sup>⑦</sup>法の借用の成果について事前に研究を怠ると、法制度の移植はネガティブな結果となるのが通常である、<sup>⑧</sup>歴史の各発展段階でのパターンを示す指標としてもっとも重要なのは伝統と暗黙の法的ルール(tacit legal rules)である、<sup>⑨</sup>社会の発展の文化的レベルから、法の継受が妨げられる場合がある、<sup>⑩</sup>過去数年間にロシアでは西欧の法律用語を過剰に——ロシア法学における定義をししばしば考慮せずに、複数の法族から——採用したため、用語の矛盾牴触が生じた(ロシアにおいては、依然として伝統主義者と自由主義者との対立がみられる)、<sup>⑪</sup>

ロシアの立法は過去 10 年間のカオスの状況から大きく変化し（民法典に代表される体系的立法の採択、ビジネス・グループの私益ではなく政府主導の制定法）、西欧および東洋（日本と韓国）を参照することで、ロシア社会の法律観も変化した（法は経済成長を促し、秩序を回復し、民主主義の手続を支え、権利および自由を保護するための有効な手段である）、とりポイントを要約する。⑧コルデロは、ロシアの前掲④の箇所において、「異なる法的カテゴリーの総合（synthesis）から派生した、雑種化・混合化（hybridization）のプロセスで、成功したものがある」と指摘して、法的雑種化・混合化はネガティブな結果をもたらすこともあるので、「その作業は、外国の法的経験の諸要素や、ポジティブな法的改善を保障できる国際的法律学の先端の見解を選び出すのみならず、これらの要素を国内立法のテクスチャーおよび法的活動の伝統的環境の中に巧みに織り込むということなのである。かくして、法技術的要請に適用というだけではなく、社会のメンタリティと期待にも応えることが重要である」と論じ、中東におけるこのような法移転のパラダイムのケースとしてイスラエルを挙げている<sup>212)</sup>。

(vi) コルデロの力作は、法移植を法文化的適応・法的文化移転と位置づけ（法移転は法的変容を伴う）、そこでいう「法文化」とは歴史的記憶と伝統の沈澱物であるとし（法伝統の移転と適応を中軸に据えるパトリック・グレンの法伝統論に共鳴することになる）、すべての文化は雑種であって法システムの純粋性は存在しないと説いていること、および法的文化移転の運動とそれを支える諸学派を総合的に分析し、法移植の担い手を解明していること、法的文化移転の歴史を 4 段階に分けて、グラツィアデイが提唱していた「継受／移植」の比較法の具体化をこころみていることに、大きな意義があろう。コルデロ論文の第 2 部の基礎となっているナショナル・リポートの中では、ドイツ、イタリア（『オックスフォード比較法ハンドブック』に寄稿したグラツィアデイが担当）、スコットランド（樹系図論を提唱したエリュージュ Örüçü が執筆）、日本（法整備支援を中心に論じている）が興味深い。ただ、既述のように、コルデロもグラツィアデイも法の継受／移植による混合法システムの形成について十分に検討して

212) Id., at 61-69.



はいない。混合法を第三の法族として位置づける見解やいわゆる法的樹系図論は、法族論に根本的な再検討を迫るものであるため、次に項を改めて代表的な見解を紹介したい（いずれも混合法システムの基礎理論を扱うもので、ケアンズやツインマーマンらのスコットランド法史などの各論的業績をここで取り上げる余裕はない）。

## 5. 混合法論

(1) 『オックスフォード比較法ハンドブック』第14章のデュ・プレッシ（南アフリカ・ステレンボッシュ大学）「比較法と混合法システムの研究」は、①序、②混合法システムの概念、③比較法に対する混合法システムの重要性、④結論の各節からなる。とりわけ中核となる③においては、㉞「混合法システムの可能性——法の借用と移植」、㉟「混合法システムの形成——借用による変革に影響を与える諸ファクター」、㊱「混合法システムの特質——最善のルールを選択するプロセスとしての借用？」の各項目を詳しく検討する。

(i) デュ・プレッシによれば、一般に法システムは他の法システムの影響を受けているという意味では「混合的」であるが、「混合的」という用語は、シヴィル・ロー伝統とコモン・ロー伝統のいずれにもすっきりと分類できないほど双方の法伝統の重要な影響を受けて形成された、ヨリ少数の法システムのグループを指すものとして伝統的に用いられてきた。このように「混合法システム」の観念を狭く限定するアプローチは、現代比較法学そのものの歴史と同じほど古い。つまり比較法学者の主たる関心は諸法システムを法族に分類することにあつたので、中心的なカテゴリーのいずれにも属さない混合法システムが当初から意識されていたのである<sup>213)</sup>。

混合法システムの存在が意識され初めたのは法的ナショナリズムの時代であ

213) J. du Plessius, Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems, in: Reimann/Zimmermann (eds.), supra note 100, at 478-479. 混合法研究の現状を整理した研究として、松本英実「ミクスト・リーガル・システムと日本法」比較法研究74号206頁以下(2012年)、同「比較憲法の新たな視点」法律時報85巻5号49頁(2013年)が有益である。



る。その殆どが植民地化によって形成されたものであったから、混合法システムは母法から切離された“lonely children”として独自の研究に値しないと評価されたり（あるいは混合法システム同士でも互いの存在を殆ど認識していなかったり）、混合法システムにおける固有の慣習法が外圧によって抑圧・排除されるなどの不幸な状況が生じた。しかるに、混合法システムの法律家相互の関心の高まりや（“regional and global cooperation”の要請が増大したことによる）自国中心主義の退潮から、比較分析の価値への理解が深まり、シヴィル・ローとコモン・ローをブレンドした混合法システムの経験が脚光を浴びるにいたった（以上が、「序」の部分）<sup>214)</sup>。

(ii) デュ・プレッシは、同論文の第2節「混合法システムの概念」において以下のように論ずる。①ヨーロッパ中心主義を反映した私法中心の伝統的法族論のもとでは、ひとつの法族におさまりきらない特色をもつ法システムに対応せざるをえなくなる。比較法学者は、①'これらは分類不可能であると認める（デュ・プレッシは、これらの法体系が政治的自立性と発達した法学文献を有する以上、単なる変種とみなすべきではなく、分類基準の再考が必要であると①'を批判する）、②'現行の法族論は支持できないとして、すべての法システムは混合的であることを前提に（混合法システムこそが「原則」である）、どの構成要素（ingredient sources）が支配的であるかを基準に再分類する「樹系図的」アプローチ（‘family trees’ approach）を採用する（エリュジュー Öürücü の見解。デュ・プレッシは、血統と構成によって分類した系図が複雑すぎて、分類の道具として役に立たないと、②'を批判する）、③'広汎な混合性（extensive mixture）を特色とする独立の法族であると位置づける、といったさまざまな対応をこころみた<sup>215)</sup>。②この法族の範囲がどこまで広がるかは、混合性の由来する他法族をどこまで厳密に認めるかに依存している。このことをよく示すのがオタワ大学法学部が行った研究であり、世界の殆ど半数の法システムは「混合的」であるとしたうえで、しかしながら混合的であること以外に共通の特色（common core）がないとするのでは分類のメリットが失われてしまうので、各法システムに影響を

214) Id., at 479.

215) Id., at 480-481.

与えた法族を基準に混合法システムをさらに10個のサブ・グループに再分類している。

すなわち、この研究では、全232法<sup>ジュリスディクション</sup>域が96混合法域(最多)、89シヴィル・ロー域、42コモン・ロー域、3慣習法域、2イスラム法域に分類され、混合法域はさらに次のように再分類される<sup>216)</sup>。

- (i) シヴィル・ローと慣習法(の混合)(26法域。日本はこのグループに属する)
- (ii) シヴィル・ローとコモン・ロー(15法域)
- (iii) コモン・ローと慣習法(15法域)
- (iv) シヴィル・ローとイスラーム法(11法域)
- (v) コモン・ローとイスラーム法(8法域)
- (vi) コモン・ロー、イスラーム法、慣習法(6法域)
- (vii) シヴィル・ロー、コモン・ロー、イスラーム法(5法域)
- (viii) シヴィル・ロー、コモン・ロー、慣習法(5法域)
- (ix) シヴィル・ロー、イスラーム法、慣習法(4法域)
- (x) シヴィル・ロー、コモン・ロー、タルムード法(1法域)

ただし、デュ・プレッシは、以上の各サブ・グループ内で必ずしも重要な共通の特色があるわけではなく、サブ・グループを構成する法族の内容にもかなりの違いがあるという(たとえば、この研究では、日本とスワジランドは(i)に、ネパールとウガンダは(iii)に、インドとガンビアは(vi)に分類されているが、それぞれ慣習の構成要素は大きく異なる)。また、サブ・グループの各構成要素間の相互作用の程度にも違いがある(真正の混合であるのか、それとも法的多元主義〔legal pluralism〕——ひとつの社会で複数の法システムが同時に効力を有しているが、特定のグループないし個人にはそのうちのひとつの法システムのみが適用される場合——であるのか。とくに後者の現象は植民地化されていた法域に広くみられ、混合されたシヴィルローとコモン・ロー〔植民地のルール〕が固有法ないし宗教法を承認するかどうかによってさらに区分できる〔前記の研究では、ルイジアナは(ii)に、ス

216) Id., at 482.

リランカとジンバブエは(iii)に分類されている))<sup>217)</sup>。

最後に、デュ・プレッシは最狭義の混合法システム概念の概念を採り上げる。まず、第3法族としての混合法システムに共通する特色を解明しようとしたパーマー Vernon Palmer のところみ<sup>218)</sup>に言及する。さらにデュ・プレッシの説くところを要約すればこうである。⑦狭義の混合法システムのコアの部分 (core systems) については広くコンセンサスが成立しているものの (スコットランド、ルイジアナ、ケベック、スリランカ、南アフリカ、プエルトリコ、フィリピン、イスラエル、南アフリカ諸国を加える者も多い)、それ以外の場合にどこをリスト・アップするかについてはより精密な基準が必要である。④最狭義の混合法システムという用語は現在のところはシヴィル・ローとコモン・ローの混合という特定の類型にのみ用いられているが、この両者を含まない混合法システムも多いので、ミスリーディングな表現である (ただし、今のところ確立した用語法は変わりそうにない)。⑤結局「混合法システム (mixed legal systems)」という名称は、さまざまな種類の “mixes” を含むひとつの法族として用いるのがもっとも有益であって、伝統的な狭義の「混合法システム」はこの法族の中のサブ・グループのひとつにすぎないと考えられる<sup>219)</sup>。

(iii) 第3節「比較法に対する混合法システムの重要性」では、デュ・プレッシはまず次のように述べる。

(A) ウォールトン Frederick Parker Walton (当時はカナダ・マクギル大学) がコモン・ローとシヴィル・ローの中間に位置する法システム (スコットランド、ルイジアナ、ケベック) の存在を指摘してからちょうど半世紀後 (1949年) に、オックスフォード大学比較法講座の初代担当者であるローソン Frederick Lawson が、教授就任講演で、「コモン・ローとシヴィル・ローの私法の比較、とりわけこの両者が接触・抵触する限界的・混成種の法 (marginal and hybrid laws) の比較は、もっとも豊かな分野となるであろう」と結論づけ、狭義の混

217) Id., at 482-483.

218) Id., at 484-485. パーマー理論の紹介は、松本・前注213)〔比較法研究74号〕208頁以下。

219) Id., at 483-486.

合法システムの本格的研究の機が熟したことを説いていた。にもかかわらず、その真摯な研究が始まったのは20世紀の最後の10年間からである<sup>220)</sup>。

(B) 次いで、第3節第1項の「混合法システムの可能性——法的借用と法移植」では、法移植の可否の問題と、その研究が比較法に対していかなる価値を有するかをめぐる従来の論争（とくにワトソン Alan Watson とルグラン Pierre Legrand の議論）とを紹介し、混合法システムの経験は、文化が相互に両立可能であり、法移植が本質的に不可能ではないことを示している、と説く（ワトソンとルグランの論争は、双方の誤解にもとづく用語上の問題である〔そもそもワトソンは、法移植は元の法の正確なコピーであると言っているのではない〕）。また、ルグランは、社会との関連を失った〔文化の移植を伴わない〕法命題の移植は比較法学者にとって無意味であるとするが、移植によって意味が少し変化した場合に、なぜそれを完全に無視してしまうほどラディカルな結論を導くのか、影響過程の検討がなぜまったく不要になるのかが、ルグランの立論からは明らかでない<sup>221)</sup>。

(C) 第3章第2項の「混合法システムの形成——借用による変革に影響を与える諸ファクター」では、法移植・法借用が可能であることを前提に、狭義の混合法システム、それもまずシヴィル・ロー（伝統）を採用し、次いでコモン・ロー（伝統）を広く採用した混合法システムのみを対象として（したがってコモン・ローの影響が先行したイスラエルは除く）、借用による法的変革にいかなるファクターが影響を与えるのかという（ヨリ広く比較法学界の関心を惹く）問題を検討する。まず第1に、このタイプの狭義の混合法システムでは、立法による変革は公法および商事法の分野で行われてきたが、その政策的目的（policy goals）は、植民地のルールと統治を強化し、植民地との経済的相互交流を促進することにあつたため、この目的の障害となるようなシヴィル・ローは立法により排除された。第2に、同じくこのタイプの狭義の混合法システムでは、司法（判例）上の変革は、私法にコモン・ローの要素を導入する際に大きな影響を与えた。とくに司法制度改革の際に導入されたコモン・ロー上の先例拘束性の原理（doctrine of precedent or stare decisis）に各混合法システムはど

220) Id. at 486.

221) Id. at 487-489.

の程度まで従っているか、が興味深いとデュ・プレッシはいう。この原理は、シヴィル・ローの法源にもとづいてなされた先例の尊重を要求することになるが、実際のところは裁判所はコモン・ローからの借用を正当化するためにこれ以外にも多様なテクニックを用いた。すなわち、自然の衡平 (natural equity) ・普遍法の観念や、シヴィル・ローとコモン・ローとの類似性の推定によって補強しつつ、外国法 (コモン・ロー) と矛盾するローカル・ローは無視されるべきであるとする ‘potutionist’ approach によってコモン・ローの選択を正当化した。あるいは、現行法の不確実性 (ローカル・ローが沈黙している、未発達である、不確定概念を用いていて解釈を要するなどの場合に、不確実性が生ずる) を除去し、統一性を促進するというより穏健な理由によってコモン・ローの選択を正当化した<sup>222)</sup> (今日では後者の方が一般的である)。

(D) 第3章第3項「混合法システムの特質——最善のルールを選択するプロセスとしての借用？」では、デュ・プレッシは、①混合法システムは比較法の実験室で、そこではシヴィル・ロー伝統とコモン・ロー伝統が提供する最善のルールを選ぶ実験が可能であるのみならず、他の法システムを指導する「普遍法」を示すことができる (この点は1925年にレヴィ・ウルマン Henry Lévy-Ullmann がスコットランド法について指摘していた。今日では、ヨーロッパ法学の発展・ヨーロッパ私法のハーモナイゼーションのために、比較法学者が混合法システムに注目している)、②法の継受は強い法システムが弱い法システムと衝突する場合に生ずるのであって、その結果として生ずる混合は批判的選択によるものではなく、他の選択肢よりも悪い場合がしばしばある (エヴァンズ・ジョーンズ Robin Evans-Jones の主張)、という混合法システムの価値に対する①・②2つの対照的な評価を紹介し、混合法システムの特質を検証する<sup>223)</sup>。その際にデュ・プレッシは、(a)「創造的特質——混合法システムの価値に影響する諸ファクター」、(b)「改良的特質——歴史的および比較的パースペクティヴの役割」、(c)「輸出的特質——混合法システムとヨーロッパ私法の発展」、(d)「変革のパターンの予測——混合法システムとヨーロッパ私法のハーモナイゼーシ

222) Id., at 489-493.

223) Id., at 493-494.

ンが可能な領域」の4項目に分かって検討を加えるのである。

第1の混合法システムの創造的特質 (creating quality) すなわち「混合性 (the Mixes) の価値に影響を与える諸ファクター」においては、混合法システムといっても特定の問題に統一的解答を与える一枚岩的なグループではなく (単一の実験室があるわけではない)、個々の継受・借用に影響を与えるファクターも多様で、各アプローチのメリットを十分な情報を得て客観的立場から熟慮のうえで選択・借用したわけではないとする。混合法システムの<sup>クオリティ</sup>質が良いか悪いかという一般論は適切でなく、真価は混合の具体的経験を検証することで判明するのである。南アフリカ (シヴィル・ローの環境) におけるトラスト制度の成功が示すように、移植の可否は、実際上の必要と、現行法・法文化の中での適応可能性 ('fit') とに依存する。この2つの条件が欠けていると、南アフリカ法に約因法理を導入しようとした場合のように、成功の見込みは失われる。適応可能性の判断にあたって、プラグマティズムの名のもとに構造上の一貫性 (structural coherence) をどこまで犠牲にできるかの線引きは難しく、混合法システムのアイデンティティが確立した現代でも意見は大きく分かれている (たとえば、1961年にスコットランドに導入されたフローティング・チャージが定着したかどうか、評価は分かれる)<sup>224)</sup>。

第2の混合法システムの改良的特質 (improving quality) すなわち「歴史的・比較法的パースペクティブの役割」では、混合法システムごとに、法典化の程度、先例と解釈に対するアプローチ、地域間の相互作用の要請、憲法上の義務などに相当の違いがあるため、混合化のプロセスに対する以上の諸見解から混合法システムの将来の発展について考察するのは容易ではないと論じつつ、とくに混合法システムの発展に活用された2つのテクニックを強調する。その1は、とりわけ法典化がなされていない混合的法システムにおいて重要な手法で、法発展のために初期のシヴィル・ローを再評価するというものである。例として、デュ・プレッシは、スコットランドおよび南アフリカの判例による不当利得法の発展を挙げる。その2は、比較方法の有効な活用である。混合法システ

224) Id., at 494-498.

ムの母法システム (donor systems) は変遷するから (法の inherently dynamic nature), 継受時の骨董的アプローチに固執して時代遅れにならないためには, 混合法システムは共通のルーツを有する現代法システムのその後の発展を絶えず検証し, 比較法的パースペクティブを維持せざるをえない。混合法システムは伝統的に外国からの影響に対してオープンであるが, 前記のようなアップデート化の手続 (process of updating) に必ずしも長じているとは限らず, 混合法システムの裁判所が引用する外国法の資料に偏りがみられる場合がある。たとえば, スコットランドと南アフリカの裁判実務は, 現代コモン・ロー法域に関心を集中している。さらにまた, 混合法システムに影響を与えたシヴィル・ロー・システムおよびコモン・ロー・システムのその後の変遷に注目するのみならず, 混合法システムが——そのアイデンティティの確立に伴い——相互に学び合うことができるとする認識が広まりつつある。この協調の背後にあるのは, 混合システムを容認するプラグマティックな精神である。この協調を具体的に示す顕著な例が, ルイジアナ州のチュレーン大学における第1回混合法域世界会議 (the First Worldwide Congress on Mixed Jurisdictions) の開催 (2002年), 混合法域法律家世界学会 (World Society) の創設, およびパーマー編『世界の混合法域——第3の法族』(2001年)とツィンマーマン他編『比較のパースペクティブにおける混合法域——スコットランドと南アフリカの財産法と債務法』(2004年)の2著の刊行である。最後にデュ・プレッシは, 混合法システムにおける比較人権法の発展に注目している<sup>225)</sup>。

第3の混合法システムの輸出的特質 (exporting quality) すなわち「混合法システムとヨーロッパ私法の発展」では, 「シヴィル・ローとコモン・ローをブレンドして, 両者を精神的・実務的に結合させようとする混合法システムの経験は, 真のヨーロッパ法学誕生のための重要な前提となる (混合法域の経験はヨーロッパ私法の発展にとって重要な意義を有する)」と説くツィンマーマン Reinhard Zimmermann の見解と, 混合法システムでかつ非法典化国である南アフリカおよびスコットランドの双方の法律家による——ツィンマーマンらを

---

225) Id., at 499-502.



編者とする——比較研究の論集 (Zimmermann/Visser/Reid (eds.), *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective—Property and Obligations in Scotland and South Africa* (2004)) とをまず採り上げる。これらの混合法システムの研究が、ヨーロッパ共通私法の形成を目的とする現在の活動と明確にリンクさせられなければ、そのヨーロッパにおける影響は限られたものになるおそれがある (この両法域と「ヨーロッパ契約法原則」とを比較する H. MacQueen/R. Zimmermann (eds.), *European Contract Law: Scots and South African Perspectives* (2006) は興味深い)、とデュ・プレッシは、混合法システムの輸出的特質を評価する。ツインマーマンは実体私法の発展にもっぱら注目しているが、デュ・プレッシは、さらに次の2点を指摘する。①ヨーロッパにおける私法のハーモナイゼーションの実現手段 (implementation of measures) を考案する際に、(シヴィル・ローが優越する混合法域でコモン・ローのすぐれた点を評価しつつ私法を法典化し、双方の法伝統と矛盾しないルールを作成するという点で類似の課題を担う) 混合法システムの現在の経験が役立つ。②混合法システムの経験は、ヨーロッパ法のハーモナイゼーションには司法の役割が重要であることを明らかにする (そのうえで、混合法システムの場合に比べてヨーロッパの裁判官はさらに多様な法域に対処しなければならないから、現行法の共通点と相違点とを明らかにし、ハーモナイゼーションの最善の方法を示す文献 [“principles”, コンメンタール, 体系書] の発展が決定的なファクターであるとも指摘している)<sup>226)</sup>。

混合法体系の第4の特質である「変化のパターンの予測」すなわち「混合法システムとヨーロッパ私法のハーモナイゼーションが可能な領域」の項は、とくに第3の論点 (輸出的特質) と切り離して論ずるに値するという。すなわち、混合法域においては、その法域の私法にコモン・ローが及ぼした影響について類似したパターンがみられ、契約・不法行為・不当利得法は深い影響を受けているのに対し、特権法・相続法では影響はあまり顕著ではない。このパターンは、混合法システムの変化に影響を与える諸ファクターによって説明可能である。すなわち、①シヴィル・ローの制度とコモン・ローの制度が共通の構造上

---

226) Id., at 502-505.

のルーツを有する場合には(たとえば契約法)、借用の可能性はそれだけ大きくなる、②(相手国の)法源が相対的に未発達の場合には(たとえばコモン・ローの財産法や「準契約」)、借用の可能性は減少する、③社会的・文化的・経済的ファクターも影響を与える(たとえば、相続法・家族法はより中立的な契約法に比べ「文化に密着している」)<sup>227)</sup>。

第3節第4項「混合法システムと言語」では、多言語主義という現象は混合法体系において広くみられるため、そこでの経験は比較法学者が法と言語の複雑な関係に取り組む場合にきわめて示唆的である、とする。言語は継受のプロセスの最初の段階のみならず、混合法システムのその後の発展にも影響するので(ケベックのようにローカルな言語が英語でない場合には、コモン・ローの普及は抑制される)、シヴィル・ローの影響が衰えないようにするためには、法源を英訳してアクセスしやすくするという方法がある。ルイジアナ州では民法典が英語で表わされたために、シヴィル・ローが生き続け、英訳によってシヴィル・ローの法理論が普及したことが、ルイジアナにおけるシヴィル・ローのルネッサンス(civilian renaissance)の一因であるといわれる。南アフリカにおいては、オランダ語を基にした合成語であるアフリカーンス語(Afrikaans)がシヴィル・ローの法源を表わすのに用いられてきたが、南アフリカ法のシヴィル・ロー的要素が残るには英語によりアクセスが容易になることを要するであろうし、固有の慣習法的要素も英語でアクセスが容易にならなければ、シヴィル・ローとコモン・ローの混合化(mix)に一般的影響を与えることはできないであろう。言語に関する混合法域の経験がヨーロッパの法統一問題にとってどのように役立つのか。政治権力が十分強固なところでは相当程度のシヴィル・ローとコモン・ローのハーモナイゼーションが言語上の相違にもかかわらず可能である。言語はそのようなハーモナイゼーションの努力をどの程度持続するかを束縛する効果(a constraining effect)を及ぼす。ただし、ヨーロッパの場合は法システムと言語の数があるかに多いため、それだけハーモナイゼーションに要する実際上の努力は莫大なものとなる<sup>228)</sup>。

227) Id., at 505.

228) Id., at 507-509.

(iv) 第4節「結論」は、これまでの分析を要約しつつ、次のように展望する。

「法システムは、他のシステムの影響を受けているという意味では一般に『混合的』であるが、この名称は伝統的にコモン・ロー伝統とシヴィル・ロー伝統の混合を表わすシステムにのみ用いられてきた。これらのシステムはその数と人口の規模の点で世界の諸法システムの中でささやかな地位を占めるにすぎないように見えるとしても、それらのシステムの経験は、現代比較法におけるもっとも重要な諸問題を考察する際に、きわめて示唆に富むものなのである。第1に、混合という現象は、世界の法システムの分類にかかわる者にとって重要な挑戦となる。法システムが複数の伝統から強い影響を受けている場合には、それを構成する諸法族の1つへと移行するのを待ったり、すべてのシステムは混合的であるという事実にもとづく分類の中にそれらを含めたりすることは、役に立たないように思われる。それらの法システムは独立の法族として承認できるほどに十分に異なっている、ということを認めるのがより好ましいアプローチである。第2に、混合法域の経験は、法移植の議論にとって重要である。移植の過程では、環境(context)の変化は不可避であるから、移植されたルールはその元来の産地で機能するルールと同一ではありえない。しかしながら、混合法域の経験は、法移植は無意味な言語形式であるという結論を実証するものではない。反対に、混合システムは、ドナーとドニーの環境(donor and donee contexts)は全く両立可能であるのみならず、どのようにしてドナーの法文化の諸相を取り入れることができるか(そのことによってルールの借用が促進される)を示すのである。第3に、混合法域は、多様な外国法域からルールを採用する際にいかなる実用的技術が用いられるか、そしてこうした技術を用いる場合の動機(motivation)は何かということを説明するのである。比較の視座からとりわけ興味深いのは、外国法を導入する際に、学問共同体とともに裁判所が果す役割である。たとえば、欠缺を補充し、オープンな規範を解釈し、自国法と外国法の類似性を開拓したりするのである。これらの経験は、通常理解されている以上に、法発展に影響する比較法的素材の範囲は広い、ということを示す。第4に、混合の質に関しては、混合法域における借用プロセスが格別に良い法あるいは格別に悪い法を一般に発生させるという確実な徴候はない。

混合の質を評価するにあたり、変化の原因を単一のファクター（たとえば、外国による支配）に求めないように配慮しなければならない。それでも、比較法学者にとって、ある理論を1つの法的バックグラウンドから表面的には両立し難い新たな環境に導入した特定のケースを検証することは、きわめて有益であろう。これらのケースに伴うポジティブならびにネガティブな経験は、輸入品を現行法と確実に調和させるための手段を講ずること——たとえそのような発展が時間を要するとしても——の重要性を示す。きちんと適合することに対する配慮は（sensitivity to the question of the right fit）、プラグマティズムの精神が優位に立つことと矛盾しない。実際、そうした配慮こそが法の合理的でプラグマティックな発展の重要な条件である、という見解にきわめて説得力がある。さらに、混合システムの法律家にとっては、同一の基盤を有する他のシステム内の変化のみならず、彼らが影響を受けたシステム内の変化に絶えず注意していることが重要である、と指摘されている。そうした不断の比較法的再評価のプロセスを怠ると、停滞ないし衰退にいたる可能性がある。第5に、混合法域の経験を検証することは、ヨーロッパにおける私法の発展に携わる人々にとって重要であろう。シヴィル・ローとコモン・ローを混合する実績は、ハーモナイゼーションのための手段を評価する場合のみならず、単一のヨーロッパ私法の発展にも役立ちうる。しかしながら、これらの経験を、経済理論ないし進化論のレンズを通して検討することは、格別有益ではないと思われる。第6に、混合システムは、継受の最初の段階とその後の法発展において、言語が果す重要な役割を証明している。混合体の特定の構成要素について母法上の言語を継続的に使用する場合には、その承認と発達強化されるかもしれないが、適切な翻訳を通じてのアクセスが確保されている限りは、原語の利用は不可欠ではない。同様に、言語は混合システムにおける比較方法の利用に対し重要な影響を及ぼす。混合システムの法律家は、言語的制約のために、自国の法システムの質を向上させる目的で他の多様な法システムを十分に利用するのはより困難であるが、彼らはこれらの障害を克服するだけの驚くべき活力をしばしば示してきた。おそらく、将来もそうなるであろう。混合システムの法律家は、比較法学者が興味から行うことを、必要に迫られて行わなければならないのであ

る」<sup>229)</sup>。デュ・プレッシは、多様な類型の混合を含む法族を「混合法システム」と呼び、伝統的な狭義の——シヴィル・ローとコモン・ローの——混合法システムはその中のサブ・グループにすぎない、と位置づけていることを最後に再度確認しておきたい。

(v) デュ・プレッシの本論文は、混合法システムの重要問題の概観として、ややまとまりを欠くきらいはあるが、読みごたえのある内容であろう。デュ・プレッシは、まず混合法システムが注目されるにいたった経緯を述べ、混合法システムの位置づけに関する諸説を検討し、先の「混合法」観を表明する。デュ・プレッシ論文の重点は、比較法に対して混合法システムが提供する意義を分析するところにあり、そこでデュ・プレッシは以下のごとく論ずるのである。

①混合法の経験は法移植が可能であることを示す。②狭義の混合法システムにおいては、植民地の統治という政策目的やコモン・ローの借用の正当化とローカル・ローの無視といったファクターが借用による法的変革を促した。③混合法システムは比較法の実験室で、最善のルールを選択、指導的な普遍法の創造が可能となる（ただし、法の継受による混合が悪い結果をもたらすこともある。混合法システムの質の一般論は適切ではなく、混合の具体的経験の検証が必要）。④混合法システムの将来の発展を予測するのは難しいが、初期のシヴィル・ローの再評価や比較方法の活用（混合法システムが相互に学び合うこと）による発展が可能である。⑤混合法システムの経験は、ヨーロッパにおける私法のハーモナイゼーションの実現手段にとって参考になるとともに、司法の役割の重要性を示し、ハーモナイゼーションが容易な領域（借用可能性）を明らかにする。⑥混合法域における多言語主義の経験は、ヨーロッパの法統一の際の法と言語の複雑な関係に取り組むためには参考となる。また、混合法システムは、法の継受とその後の法発展において、言語の果たす役割の重要性を示すものである。

なお、デュ・プレッシは本論文の結論部分で、混合法システムの経験は、法移植においてドナーとドニーの コンテキスト 環境が両立可能であること、および、外国法のルールを採用する場合の動機と実用的技術を示すと指摘している（前出(iv)）。

229) Id., at 510-511.

(2) デュ・プレッシの本論文が発表された翌年(2007年)にスコットランドのエディンバラで混合法域法律家世界学会の第2回会議が開催され、そこに提出された論稿は、改訂のうえ、エリュージュ編『混合法システムの新たなフロンティア』(2010年)として刊行された<sup>230)</sup>。本稿では、エリュージュの総序と「混合法システムとは何か——排除か拡張か」、パーマーの「混合法システムの2つの対抗理論」を同書から紹介してみたい。

(i) エリュージュの総序は、混合法システムの包括的研究およびその概念の一般的分析は冒険的かつデリケートな仕事であり、現代の洗練された法システムはすべてがある程度混合的であることから複雑な事態となる、という。エリュージュによれば、まず第1に、混合法システム論は法族論への新たなアプローチを促すが、(混合法システムの存在自体が、主流の比較法学者の分類枠組の欠陥を示している)、分類学は簡素化が目的であって、複雑になればなるほど混乱が生ずるというディレンマに直面しなければならない。第2に、「混合法システム」について満足のゆく定義をすることはほとんど不可能である。歴史的混合と現代的混合、公然たる混合と隠れた混合、構造的混合と非構造的混合、複雑な混合と単純な混合のすべてをカヴァーできる定義は無理である(また、混合法システムと法的多元主義<sup>リーガル・pluralism</sup>とをどのように区別すべきか)。第3に、(狭義の)混合法システムのサブ・カテゴリーたるいわゆる「混合法域(mixed jurisdictions)」は非常に多様であって、ヨーロッパの拡大と植民地化——混合法域形成のもっとも一般的な媒体——という観点からすれば、混合法域の大半をシヴィル・ローとコモン・ローの単純な結合とみるのは、狭きにすぎる。第4に、混合法システムを生ぜしめる歴史的事実が多様であるから、各混合法システムは1つの理論的枠組の中でひとまとめにして評価するのではなく、各システムに即した諸ファクターを評価しなければならない(それでも分析の理論的骨組み[grid]は必要である)。第5に2つの法伝統の間を移行中の法システムの問題も理解しなければならない。第6に、移行中のシステムにはどの時点で(何パーセント借用すれば)「混合」というラベルを貼ることができるのか。第7に、

230) Esin Örüçü (ed.), *Mixed Legal Systems at New Frontiers* (2010).



すべての混合法システムの根底には法は<sup>スタティツク</sup>静態的なものではないという事実があり、そのシステムの生成にあたっては、「フロンティアを越えた法の可動性」(transfrontier mobility of laws)が重要な意義を有する。第8に、文化的コンテクストの決定的役割を重視する論者は、最終的結果たる「混合性 (mixedness)」それ自体が文化であると考えべきである(いずれかの文化が法システムを代表するのではない)。最後に、この「混合性」を理解するには広い範囲の知識が必要とされ、法史学・法社会学・法人類学・比較法の協働が不可欠である(比較法学者がアフリカ慣習法を無視してきたのは、それが<sup>プルーラル</sup>多元的な法人類学の領域に属するとみなしていたからである)<sup>231)</sup>。「今日では、文化的研究の強調、多文化主義 (multiculturalism)・社会=文化的多元主義 (socio-cultural pluralism)・法文化的多元主義 (legal cultural pluralism)を理解する必要性、そしてアイデンティティの概念が、比較法研究に新たな次元 (dimension)を加えたが、これは『混合法システム』の研究においてきわめて強く訴えるものであり、かつ有益である。……今日の混合法システム研究の目的は、第1に混合法域への古典的な身元証明 (classical references)を評価・査定し、それから歴史的および現代的アプローチを通じてさらに身元証明を広げることにある。同様に研究者は、混合性を説明する主要なファクターである・法の移動の背後にある力と、混合法域との関係を理解できるようにしなければならない。加えて、個別の事例を分析するのに用いる現行のターミノロジーと新たなその明確化につとめ、法現象を説明枠組みにうまく適合させるような実用可能な装置を提供しなければならない」<sup>232)</sup>。

(ii) 多様な問題提起を行ったエリュージュは、別稿の「混合法システムとは何か——排除か拡張か」において、グローバル化が進んだ現代では、シヴィル・ローとコモン・ローからの相当な影響が構造上共存ないしオーヴァラップしている法システムのみに注目して、これを「第三の法族」としてまとめる見解 (パーマー説)は、きわめて視野の狭い不満足なアプローチ (「排除」のア

231) Özücü, General Introduction : Mixed Legal Systems at New Frontiers, in : E. Özücü (ed.), Id., at 1-6.

232) Id., at 6.



プローチ)であり、「拡張」のアプローチが支持されるべきであると指摘する(シヴィル・ローとコモン・ロー以外の組み合わせもあるし、法族論それ自体が批判されているのに〔エリュージュは既述の「樹系図論」を展開する〕、一枚岩的なアプローチをもう1つ創造する必要はない)。このアプローチにより混合システムを包括的に研究する場合には、①コモン・ローとシヴィル・ローの組み合わせ(ルイジアナ、ケベック、スコットランド、セーシェル [Seychelles])、②シヴィル・ロー、コモン・ロー、宗教法、(最近までは)オスマン法の組み合わせ(イスラエル)、③シヴィル・ロー、宗教法、社会主義法、部族法の組み合わせ(アルジェリア)、④伝統的中国法、コモン・ロー、社会主義中国法の組み合わせ(ホンコン)、⑤コモン・ロー、宗教法、慣習法の組み合わせ(インド・パキスタン)などのサブ・グループを設ける必要がある。「樹系図」のスキームは、すべての法システムは「混合」であるという前提から出発し、その構成要素の混合比率(proportionate mixture)に従って分類するものであるから、いくつかの法伝統の合流点にあるマレーシア、シンガポール、タイなどを分類することが容易になる、とエリュージュは説くのである<sup>233)</sup>。

エリュージュによれば、「今日必要なのは、新旧のオーバーラップ、組み合わせ、ブレンドに従って個々の法システムを再評価すること、および、現在の構成要素がどのように混合したのか、侵入してくる新しい要素とどのように混合しつつあるのかを再評価することである。……純粋な『国産の』法システムは存在しない。すべての法システムは組み合わせとオーバーラップである。オランダのような、ローマ法、フランス法、ドイツ法、自生法(indigenous laws)の組み合わせもあれば、イタリアのように、カノン法、フランス法、オーストリア法、ドイツ法、ユス・コムーネの組み合わせもある。それから、インドおよびパキスタンのように、コモン・ロー、宗教法、自生の慣習法の組み合わせがある。アルジェリアにおけるように、フランス法、社会主義法、イスラーム法、自生の慣習部族法の組み合わせもある。実際は、フランス法、ドイツ法、イギリスのコモン・ローそれ自体が、すべて多様な構成要素がオーバーラップした結果

233) Özücü, What is a Mixed Legal System : Exclusion or Expansion?, in : E. Özücü (ed.), Id., at 53-55.

である。たとえばイギリス法は、ますますいっそうコモン・ロー、多様な大陸法システム、ヨーロッパ法がオーヴァーラップしたものとなりつつある。それどころか、古典的なイギリスのコモン・ローそれ自体が、ローマ法、大陸法の理念 (civilian ideas)、カノン法、エクイティ、内<sup>ドメスティック</sup>国のコモン・ローのオーヴァーラップであった。各層はその位置を変えるので、下層と上層は慎重に区別されなければならない<sup>234)</sup>。エリュージュは、タイやマレーシアのように「継受」や「移植」による多層的な豊富な法伝統を有する東南アジアの混合システムにふれ<sup>235)</sup>、法システム・法文化・社会文化 (socio-cultures) の出会い (encounters)<sup>236)</sup>がオーヴァーラップ、相互依存関係、混合システム、移行中のシステムを生むとし、そのような混合システムが生まれる根拠を説明できる最も重要な理論として、自らの「樹系図理論」および「波理論」(wave theory)を紹介する。言語学上の樹系図理論は変化や差異の生じ方を説明できるとどまったため、変化が波のように拡大して収束・類似性をもたらすとする波理論が発達した。これらの理論は混合システムの理解にも役立つ<sup>237)</sup>。19世紀まではヨーロッパに多数の普通法 (common laws) が存在し、相互に、またローカ

234) Id., at 58-59.

235) Id., at 59-60 は、タイとマレーシアを例に挙げる。タイは植民地化されなかったが、19世紀末以降、近代法は英・独・仏・スイス・日本・米法の法源の真の混合 (real mixture) であり (タイの諸法典は元来は英語およびフランス語で起草され、次いでタイ語に翻訳された)、それと並んで1283年以來の歴史的法源 (自生の文化と伝統に由来するルール、慣習法、ヒンドゥー法学 [Hindu jurisprudence]) が採用されている近代立法も存在する。マレーシアの場合は、まず自生の土着法 ('native' law of the aboriginal inhabitants)、次いで移植された法の諸層 (多くのマレー慣習からなる adat 法、ヒンドゥー・仏教法、イスラーム法、中国法、タイ法、イギリス=インド諸法典 [Anglo-Indian Codes] に彩られたイギリスのコモン・ロー伝統、アメリカ・モデル) があり、さらに南東アジアにおけるフランス・ドイツ・オランダ・スイス・ポルトガル・スペインのヨーロッパ大陸法伝統、アメリカ法、日本法、ソヴィエト法の影響がみられる。

236) エリュージュは、①社会文化および法文化が類似したシステム同士の遭遇、②社会文化は類似するが、法文化が異なるシステム同士の遭遇、③社会文化は異なるが法文化は類似するシステム同士の遭遇、④社会文化・法文化ともに異なるシステム同士の遭遇を挙げ、これらがオーヴァーラップ、相互関係 (interrelationships)、混合システムおよび混合に移行しつつあるシステム、過渡期のシステム (systems in transition) を生み出す、という (Id., at 60)。

237) Id., at 60-62.

ルな地域法とも絶えず交流していた——各普通法は法の「調和」(conciliation)の主要な道具であった——とするグレンの見解は、「拡張」理論を支持するものである(相互関係〔interrelationships〕は混合を生む)<sup>238)</sup>。「異なる出生・起源のシステムやサブ・システムの間でも組合わせが発生してきた、ということのをわれわれは知っている。多くのオーヴァーラップ、交配、相互影響、融合、接木が存在する場合には、雑種性の程度(degrees of hybridity)を正確に決定することは難しいであろう。単純な結論は、法の世界には、多様なレヴェルと層の交差とからみ合いから生ずるさまざまな程度の雑種性が存在するということではなければならない。これを混合システムを図示する場合の出発点とすべきである」<sup>239)</sup>。

エリュージュは、「混合(mixed)」という用語に多様な意味があることを指摘したうえで、通常は「混合」とは歴史的事実・現在の状態(reality)・「ローカルな法<sup>ジュリスディクション</sup>域」を意味するが、「遭遇・出会い」(encounter)とそれに続くダイナミックな変化に照明を当てるべきである、とする。すなわち、混合の進行中の状況(ongoing states of 'mix' ; 'ongoing mixing')も重視すべきであって、法的エリート(legal elite)が混合にどのように対処し、新来の法的要素をどのように調律し(tune)、それらをどのように一つの法秩序に造型するかが決定的であるし、混合がどのように維持・育成・抹殺されるかによって各システムはユニークな内容となる<sup>240)</sup>。混合システムは一つのスペクトルとして把握することができ、その出発点はふたつの西洋法伝統(シヴィル・ローとコモン・ロー)の間の「単純な混合」(simple mixes)である(ルイジアナのようにシ

238) Id., at 63-64.

239) エリュージュは、ヨーロッパ大陸における複雑な「交差」(crosses)の例としてマルタを挙げ、より極端で意外な広い「交差」の例としてトルコを採り上げている(Id., at 64-65)。たとえばトルコは、スイス、ドイツ、イタリア、フランス、ローマ法と、隠れたイスラーム法・ローカルな慣習法、より近くはヨーロッパ法およびアメリカ法が「交差」している。これは、法・法文化の改革のみならず国民とその生活様式の改革に携ったエリートたちによる移植(接木)・刈込み・チューニング・絡み合わせ(intertwining)の結果として生じたものである。これらはすべて強制された継受(imposed receptions)である(Id., at 65)。

240) Id., at 67.

ヴィル・ローを法典化するにいたったものと〔構造上のブレンド〕, スコットランドのように内容上・実質上のレベルで混合化したにとどまるものがある)。混合システムの研究はヨーロッパ統合に貴重な教訓を与え, そこで注目を集めているのは構成要素の限られた「単純な混合」すなわち「サラダボール」タイプ(‘mixing bowl’ type)であるが, 混合システム研究の視野をEU内ないし西洋世界に限定してはならない<sup>241)</sup>。混合の構成要素が社会文化的にも法文化的にも異なる場合には「複雑な混合」が生ずるが, 法が宗教ないし信条(belief)に大きく依存している場合にはより複雑な混合が生じうる<sup>242)</sup>。「比較法学者がひとたびヨーロッパ中心的な眼鏡を外せば, 自生の法が単一の同質的なシステムによって構成されていることは殆どない, ということにただちに気づく。多数の法秩序と社会秩序が並存しうるのである。とりわけ, そうした自生の法の中に成文化されていなかったり, 成文化されてはいるが完全に翻訳されていなかったりするものがある場合には, 自生の法を発見, 理解, 再現することが困難となる可能性がある。たとえば, 多くのアジアのシステムにおいては, 西洋法は, 植民地化以前に共存していたヒンドゥー教, 仏教, 儒教, イスラーム教の宗教法に追加されたのである。すべての法がすべての人々に適用されるわけではなく, 『在外東洋人』(foreign Orientals), 『同化したアジア人』(assimilated Asians), 『ヨーロッパ人』, 『非自国民』(non-natives), 『自国民』のように住民が区分されている, という事実によって, 混合は複雑となった。インドネシア, 台湾, マレーシアのような国々では, 今日においてすら, こうして生まれた混合は問題を生み続けている」<sup>243)</sup>。

エリュージュは, 混合ないし雑種システムを「法と経済学」の観点からとらえる Anthony Ogus のアプローチを採り上げる。Ogus は混合システムを3つのグループに分け, ①植民地主義者の権力によって文化が強制されたものの, 自生の文化が存続して強制された文化と競合する場合(アフリカ諸国), ②連続して植民地化ないし占領を経験し, 連続する各外国文化が法文化に大きなイン

---

241) Id., at 69.

242) Id., at 70.

243) Id., at 70-71.

パクトを与え、互いに競合する場合(ケベック、ルイジアナ、南アフリカ)、③商工業が比較的遅れて発展し、自国の法システムよりも洗練された法的インプットが必要であると統治者が認識していた場合(日本、トルコ、ギリシア、法改革のために西洋モデルを用いている東欧諸国)を挙げている。「法と経済学」の観点からすれば、特定の文化と連携する私的な利益集団が妨害しない限り、混合システムは——単一の文化に支配されるシステムよりも——外部的な変化や効率的な法改革にヨリ容易に適応するはずであるから、その将来はきわめて明るい、と評価されるのである<sup>244)</sup>。「比較法学者を真に悩ませるのは隠れた混合および進行中の混合(the covert and the ongoing mixes)であって、あらゆる場所での法と文化の相互作用を理解するための道を照らし出すことができるのが、『混合性』(mixedness)の研究なのである。本研究を多くのラフな<sup>マッブ</sup>図でしめくり、そのことによって『混合性』の概念を拡張しよう」<sup>245)</sup>。エリュジューは、“Annex”として以下の分類表を提示している(日本の法システムは、複雑な混合3、すなわちシヴィル・ローと慣習法の混合として位置づけられている)。

## (図 I)

### 混合システム (Mixed Systems)

1. 単純な混合 (Simple mixes. シヴィル・ローとコモン・ローをその構成要素で、実質レヴェルで混合する、サラダ・ボール [mixing bowl] 方式)

ジュリスディクション

「混合法域」(ヴァーノン・パーマーに譲歩して15ヶ国)。すなわち、ボツワナ、レソト、ルイジアナ、モーリシャス、ナミビア、フィリピン、プエルトリコ、ケベック、サンタ・ルチア、スコットランド、セーシェル (the Seychelles)、1996年前の南アフリカ、スリランカ、スワジランド、ジンバブエ

その他の単純な混合。すなわち、ジャージー、マルタ、キプロス

244) Id., at 73. エリュジューが参照するのは, Ogus, The Contribution of Economic Analysis of Law to Legal Transplants, in : J. M. Smits (ed.), The Contribution of Mixed Systems to European Private Law (2001) 27.

245) Id., at 74.

2. 複雑な混合 (シヴィル・ロー, コモン・ロー, [社会主義法], 宗教法, 慣習法の異なったコンビネーションからなる混合)

複雑な混合1 (シヴィル・ロー, コモン・ロー, 慣習法の混合。すなわち, カメルーン, 1997年前のホンコン, レソト, スリランカ, 1996年以後の南アフリカ, タイ, ヴァヌアツ [Vanuatu])

複雑な混合2 (シヴィル・ロー, コモン・ロー, 宗教法の混合。すなわち, イスラエル, ヨルダン, サウジアラビア, ソマリア, イエメン)

複雑な混合3 (シヴィル・ローと慣習法の混合。すなわち, ブルンジ [Burundi], ブルキナファソ [Burkina Faso. 機能不全], チャド, 中国, エチオピア, ガボン, 韓国, 日本, マリ, ニジェール, ルワンダ, タイワン, トーゴ)

複雑な混合4 (シヴィル・ローとイスラーム法の混合。すなわち, アルジェリア, エジプト, イラク, クウェート, レバノン, モロッコ, マウリタニア, シリア, チュニジア)

複雑な混合5 (シヴィル・ロー, イスラム法, 慣習法の混合。すなわち, ジブチ, インドネシア, セネガル)

複雑な混合6 (コモン・ロー, 宗教法, 慣習法の混合。すなわち, パキスタン, インド, ケニア, ナイジェリア, ウガンダ)

複雑な混合7 (社会主義法, シヴィル・ロー, コモン・ロー, 慣習法の混合。すなわち, 1997年前のホンコン, 中国, キューバ, 北ヴェトナム, 北朝鮮)

3. <sup>リーガル・ブルーアリズム</sup>法多元主義 (住民中の異なった構成員に適用され, 共存する法の諸層 [layers of law] を伴う二元的システム。たとえば, スーダン, ジンバブエ)

## (図Ⅱ)

### 混合システム

図Ⅰの諸システムは主たる血統 (primary parentage) によっても再編成できる。すなわち,

フランス・グループ (たとえば, アルジェリア, アンドラ, ベニン [Benin], ブルンジ [Burundi], ルイジアナ, ケベック, モーリシャス, モーリタニア, モロッコ, セネガル, セーシェル, サンタ・ルチア, トーゴ, チュニジア)

オランダ・グループ (たとえば, 南アフリカ, スリランカ, インドネシア, ボツワナ, レソト, スワジランド)

スペイン・グループ (たとえば, アンドラ, ベリーズ [Belize], ボリビア, ルイジアナ, プエルトリコ, フィリピン)

ポルトガル・グループ (たとえば, アンゴラ, ゴア + Diu + Daman [Goa Union Territory of India], ギニアビサウ [Guinea Bissau], マカオ, スリランカ)

イギリス・グループ (たとえば, ビルマ, ベリーズ, ブータン, ホンコン, マラウイ, スコットランド, 南アフリカ, セーシェル, トバゴ [Tobago], パキスタン, インド)

アメリカ・グループ (たとえば, ルイジアナ, ミクロネシア, プエルトリコ, フィリピン)

しかしながら, この図は, 自生の固有法 (indigenous laws) が考慮され, かつ法システムが複数のグループのもとに出現するようになると (start appearing under more than one Group), 扱いにくいものになる

### (図Ⅲ)

#### 混合システム

1. 明白な混合 (すべての混合システム。ブレンドされておらず [unblended], 図Ⅰに引用されている)
2. 隠れた混合 (covert mixes. 外見上は混合でないシステムで, ブレンドされている)

隠れた混合 1 (混合物 [compounds], 濾されたピューレであり [purée], ブレンドされていて, 構成要素が類似の法文化・社会文化に由来する場合。すなわち, ローマ法, カノン法, さまざまなコモン・ロー [various common laws] およびそれら相互の組み合わせであり, 純粋種と解されているすべてのシヴィル・ローおよびコモン・ロー・システム。フランス, イングランド, イタリア, オランダ, ニュー・ジーランド, スペイン, アメリカ [ルイジアナを除く])

隠れた混合 2 (混合物, 濾されたピューレであり, エリートないし政治的圧力が混合の主力となるため, 予期されない結果が生ずる。すなわち, アルバニア, アルゼンチン, ベルギー, ブルガリア, キプロス, クロアチア, エストニア, ハンガリー, カザフスタン, マルチニーク [Martinique], 先のユーゴスラヴィア共和国マケドニア [The Former Yugoslav Republic of Macedo-



nia], ロシア, トルコ, ウズベキスタン, ベトナム)

#### (図Ⅳ)

##### 混合システム

1. 構造化されていない混合 (unstructured mixes. グレンとは異なる理解だが、シヴィル・ローが法典化されていない場合)。スコットランド, 南アフリカ, イスラエル
2. 構造化されている混合 (シヴィル・ローが法典化されている場合)。ケベック, ルイジアナ, サンタ・ルチア

#### (図Ⅴ)

##### 混合中のシステム (Mixing systems)

1. 進行中の混合 (Ongoing mixes. EU や ECHR のように互いを混合する地域的組織によってカバーされ, その圧力下にあるヨーロッパのシステム。近代化と民主主義化が進むアフリカのシステム)
2. 移行中のシステム (Systems in transition. ある信条 [orientation] から他の信条へ移動中のもの。東欧および中欧のシステム, ロシア, ウクライナ)

エリュージュは、狭義の混合法システムのみを「第三の法族」として分類するアプローチはきわめて不十分であるとしつつ、混合法システム全般について満足のゆく定義をすることは不可能であるから、その構成要素の混合比率に従って分類する「樹系図理論」が妥当であるとする。エリュージュの大きな功績は、すべての法システムは混合的であるという前提から出発し、前掲図Ⅰないし図Ⅴにみられる分類法を具体的に提唱したところにある。エリュージュは、混合法システムをまず明白な混合と2種の隠れた混合とに分け(図Ⅲ)、純粹種と解されているすべてのシヴィル・ローおよびコモン・ロー・システムを隠れた混合として位置づけているのである(図Ⅲの「隠れた混合1」を参照)。エリュージュによれば、混合性の研究は法と文化の相互作用を解明するもので、タイやマレーシアのような継受・移植による多層的な法伝統を有する混合法シ

システムの発生するプロセスは、「樹系図理論」および「波理論」で説明できるのである(前注233)ないし237)を参照されたい)。エリュージュの混合法研究は、法システム・法文化の「遭遇・出会いとそれに続くダイナミックな変化」(法的エリートが混合にどう対応するか)も視野に容れており、「進行中の混合」、「移行中のシステム」として分類している(図V)。デュ・プレッシは、エリュージュの見解は複雑すぎて実用性に乏しいと批判するが(前注215)を参照されたい)、狭義の混合法システムのみを「第三の法族」としてまとめるのは狭きにすぎるという点で両者は一致しており、この「第三の法族」論を提唱したパーマーも、次の(iii)で紹介するように自説を修正するにいたっている。

(iii) ヴァーノン・パーマーの論稿「混合法システムの2つの対抗理論」は、混合法システムをコモン・ローとシヴィル・ローの古典的混合に限定する伝統的見解と、法的多元主義のもとにカテゴリーを限定しない、混合法システムの多元的概念を採用する見解があることを指摘し、双方の理論は相互補完的であり、「歴史的多元主義、人種(民族)的多元主義、トランスナショナルな法的多元主義により与えられる情報に従って世界の混合法システムを再分類・再編成しようとするのが、比較法の次の厄介な課題(daunting task)である」と説く<sup>246)</sup>。

パーマーは、同論文の「序論」において、①混合法域(mixed jurisdictions)は世界に分散しているが、その内部の法律家からみれば統一性は明瞭であって(「分散した統一性」)、パーマー自身はこれを第三法族と呼んだこと、②「混合法システム」ないし混合法域の意義についてはコンセンサスが成立しておらず(「不安定なアイデンティティ」)、混合法域の法律家からすればその分類(classification)はきわめて重要で、分類の際の混合法域の法律家のパースペクティヴは欧米の法律家とまったく異なるはずであること、③比較法学の<sup>メインストリーム</sup>主流は複雑な混合を扱おうとしなかったが(「分類上の空白」)、人類学者・社会学者・比較法学者の世界の法システムのより精密な研究によって、混合システムという法現象の存在が明らかとなったこと、④ツヴァイゲルト／ケッツに代表される

246) V. Palmer, Two Rival Theories of Mixed Legal Systems, in : Örücü (ed.), supra note 230, at 25-26, 47-48.

現代の法族論はヨーロッパ中心的にすぎるうえ (“Eurocentrism.” 世界の主要法族をロマン、ゲルマン、北欧、コモン・ローの4つであるとする)、私法システムによる分類である、混合システムの入る余地がない、といった重大な欠陥があることを指摘・論評する<sup>247)</sup>。

パーマー論文の中核をなす「混合システムの2つの対抗理論」の章は、その冒頭で、混合法域を古典的なものに限定する伝統的見解と、法的多元主義の影響のもとに、混合法システムを規範的というよりも事実的アプローチから判定し、そのカテゴリーに制限を設けない見解とがあるという。パーマーは当初は伝統的見解の方がすぐれている(第2説は不当に範囲が広く不正確である)と考えていたが、この2つの理論は対立するものではなく相互補完的であると考えを発展させるにいたった<sup>248)</sup>。

パーマーは、まず伝統的見解を検討し、「混合法域」という表現を論文のタイトルに用いた最初研究者として(スコットランド出身の)トマス・スミス(Sir Thomas Smith)を挙げる(1965年に発売された『混合法域』における大陸法伝統の保存」という論文においてである)。比較法学者ローソンが編集した『比較法国際エンサイクロペディア』第6巻「財産<sup>プロパティ</sup>と信託」(1974年刊)中の1章で、スミスはシヴィル・ローとコモン・ローの混合の外にも慣習法や宗教法とのより「複雑な」混合が存在することを認めている、とパーマーは指摘する<sup>249)</sup>。パーマーによれば、スミス以前にも「混合法域」のアイディアは存在し、20世紀前半のオックスフォード、マクギル(McGill)両大学がその拠点であった(オックスフォードでは、ウォールトン、リー、ローソンが比較法の観点から混合法研究の重要性を論じ[前二者は、スコットランド、ケベック、セイロン、南アフリカ、エジプトと強いつながりがあった]、リーはケベックのマクギル大学学長時代に論稿「シヴィル・ローとコモン・ロー——世界の概観」[1915年]を発表し、そこに付された地図には「混合法域」としてルイジアナ、ケベック、ガイアナ、南アフリカ、セイロン、スコットランド、エジプト／スーダンが縞模様で示されてい

247) Id., at 20-25.

248) Id., at 25-26.

249) Id., at 26-28.

た〔ただし同論文の本文中ではこの用語は使われていない〕<sup>250)</sup>。

スミスはスコットランドと南アフリカの類似性に強い印象を受けていたし、スコットランド法・南アフリカ法の研究は Reid/Visser/Zimmermann の三部作<sup>251)</sup>にみられるように現在ではきわめて豊饒化しているが、この両国にみられる並行性は他の混合法域にも認められるとパーマーはいう。パーマーが挙げる共通の要素とは、①まずローマ法とカノン法の継受によってシヴィル・ローが移植され、次いで、コモン・ローの影響が私法に及び、20世紀にはイギリス法の影響に対するシヴィル・ローの新たなリアクション (neo-civilian reaction) が生じた、②シヴィル・ローは英米の制度を通じて復活している(裁判官の創造的傾向と、裁判所の inherent power によるシヴィル・ローの解釈)、③裁判所の判決が高い先例的価値を与えられており、制定法に次ぐ公式の法源 (official source of law) とされている、④民事訴訟は当事者対抗主義的・英米的である、⑤コモン・ローの影響は不法行為のようなもっとも浸透しやすい分野に顕著である、⑥英米の商事法が現地の商人法を排除した、ということである<sup>252)</sup>。以上の共通の特色が「コモン・ロー／シヴィル・ロー」システムのアイデンティティを構成する。この「古典的」グループの中にも、南アフリカやスリランカのように宗教的・東洋的・アフリカ的な“personal law”が競合して結びつく場合がある。これらの“personal law”は、西洋法との相互作用によって新たな組み合わせを発生させたり、混合システムの別異の分類を必要としたりする。このようにパーマーは論じたうえで、混合法システムについてのもう1つの“rival theory”——すなわち多元主義者の混合法システム観——の解説に移る<sup>253)</sup>。

250) Id., at 28-30. なお、リーの論稿は、Lee, The Civil Law and Common Law—A World Survey, 14 Mich. L. Rev. 89 (1915) である。パーマーは、スミスのオックスフォード在学中にリーとローソンから影響を受けていたかもしれない、と指摘する (Id., at 29)。

251) 三部作とは、① Southern Cross (2000)、② History of Private Law in Scotland, 2vols. (2004)、③ Mixed Legal Systems in Comparative Perspective (2004) である (Id., at 34, N.42)。

252) Id., at 34-35.

253) Id., at 35.

法的多元主義者は、多様な“personal laws”が共存し、法史上の帰結としてそれらと西洋法との相互作用が生じているアフリカおよびアジアのポスト・コロニアル社会の広汎な法現象を研究しているため、その影響から混合法システムの概念もよりリベラルに把握され、広いクラスの混合法域が承認されるようになる（多元主義者の基準によれば、同一のシステム〔あるいは“social field”〕内で複数の法ないし法伝統が（自生の法と外来の法、宗教法と慣習法、西洋法と非西洋法のように）相互に作用していれば〔interaction〕、それだけで混合法システムとなる）<sup>254)</sup>。「歴史的には、混合システムは、人々がその政治的主権（political sovereignty）を失いつつも、自己の“personal or private laws”に従って生活する権利をとにかくも保持している場合に誕生することがしばしばあった。“Personal laws”がアフリカ人民の慣習であるか、ケベックのパリ慣習法（Coutume de Paris）であるか、ボーア人のローマ法系オランダ法であるかは些細な違いであって、いずれの場合も共通の願望があった。『“personal laws”のための戦い』は、古典的混合法域の純粋さの証明（hallmark）であるとともに、世界の多くの地域における複雑な多元主義の存在理由（raison d'être）でもあった」<sup>255)</sup>。このような多元主義的混合法システム観からすれば、世界の法システムのほとんど全体が「混合法システム」と性質決定されることになる。その狙いは、混合性に対する軽蔑的意味合いを払拭し、混合性・雑種性の普遍性を確認して、その適正な位置づけへの第一歩とするところにある。すなわち、「純粋な」法システムの方が権威があって好ましいとか、ある種の混合は他の混合より秀れているとかいった自惚れを捨てなければならない（スコットランドやルイジアナに限らず、すべての法システムは比較法の実験室である）。「おそらく21世紀のための有益な分類枠組みは、混合システムを中心に据えるところから出発するであろう」<sup>256)</sup>。

パーマーによれば、混合法システムの多元的理論は、慣習的に純粋なコン・ローや純粋なシヴィル・ローと考えられてきたヨーロッパ諸国のアイデン

---

254) Id., at 35-36, 38.

255) Id., at 37.

256) Id., at 40.

ティティの基盤についても再考を促す点で貴重である（それらが実質的にはすべて混合私法システムであることは、法学者によって次第に受容されつつある）。ヨーロッパ私法の多元的・歴史的理解の最前線に立つラインハルト・ツインーマンは、ヨーロッパ私法の歴史的混合（historical mixtures）を指摘しており、その基盤はコモン・ローとシヴィル・ローの区別がなされる以前からすでに存在していたのである<sup>257)</sup>。

結論として、混合システムに関する二つの理論は相互補完的で、伝統的・古典的見解は、混合法システムの法律家に対してその姉妹法域（sister jurisdiction）を指示し、より深い比較を可能にする（排他的なクラブを創設するのではなく、比較研究の枠を設定する）。また、多元主義者の混合システム観は古典的システムの理解と位置づけについて新たな展望をもたらすもので、システム内の非西洋的な“personal laws”を顕在化させ、できる限り比較研究に組み込む必要があることを示唆する（南アフリカやスリランカにおける“personal laws”とローマ法系オランダ法との相互作用は無視できない）。多元主義的理解は、現代ヨーロッパ法研究にも重要な効果をもたらす（ヨーロッパ私法に内在する混合性を指摘し、国家的および超国家的レベルで進行する再混合の不可避性を説明し、コモン・ローやシヴィル・ローなどの古いキャッチワードが説明能力をすでに失っていることを明らかにする）。「混合システムが世界の諸法システムの新秩序の出発点となる日が来るであろう。歴史的多元主義、人種（民族）的多元主義、トランスナショナルな法的多元主義により与えられる情報に従って世界の混合法システムを再編成・再分類しようとするのが、比較法の次の厄介な課題である」<sup>258)</sup>。このようにパーマーは論稿をしめくくっている。

この論文の発表後に、パーマーは『ケンブリッジ比較法コンパニオン』（2012年）に簡潔な概説「混合法システム」を発表し、編著『世界の混合法域』の第2版（2012年）を刊行している<sup>259)</sup>。

257) Id., at 41-42.

258) Id., at 48.

259) Palmer, Mixed legal systems, in : The Cambridge Companion to Comparative Law (2012), at 368-383. Palmer (ed.), Mixed Jurisdictions Worldwide (2ed., 2012).

さて、以上紹介してきたように、パーマーはシヴィル・ローとコモン・ローの混合に限って第三の法族とする自説を修正し、排他的な法族ではなく比較研究のための1つの「枠」を設定するにすぎないと説く。パーマーはこう解することによって混合法システムの多元的理論への歩み寄りをはかり（双方の理論は相互補完的で、多元的理論は混合法システム内の“personal laws”を顕在化させる役割を果す）、混合法システムの再分類こそが比較法学者の重要な課題となると分析するのである。

## 6. 結 語

(1) 法システムの分類学 (taxonomies) を発展させるべき理由として、ジームスはこう述べている。「諸国の分類学は現実を簡略化するが、そのような簡略化が有益な努力たりうることには十分な理由がある。一般的な方法論的パースペクティブからすれば、その理由は、科学的知識は『推測と反駁 (conjectures and refutations)』を通じて成長するというカール・ポPPERの見解と関係する。分類学は現実の世界の複雑さを完全に表現するものではないから、それらは多少なりとも洗練された推測とみることができる——そしてまた、これらの推測を批判的に精査し、よりよい推測を展開させようとすることが、後に続く研究者たちの仕事となる。より具体的にいえば、法システムの分類学には記述的、分析的、規範的局面 (descriptive, analytical and normative dimension) がある。法学者は、法的分類 (legal classifications) は記述と外国法の理解を促すことができるので、記述の価値を強調する傾向がある。たとえば、同一の法族に属する諸法システムを分析する研究者は、残りの相違点に集中することができ、特定の外国法を理解しようとする野心的な比較法学者は、自国法との類似性があれば、残りの相違点に集中することができるのである」<sup>260)</sup>。ジームスの挙げる「分析的的局面」とは、たとえば法的ルールの相違によって金融上の発展の差異を説明する見解のように、法的分類が法制度以外の基準による分類と

260) Siems, supra note 177, at 5.



どのように関係しているのかを分析することであり、また「規範的局面」とは、先の分析によりコモン・ロー諸国(“English legal origin”)の法的モデルの方が金融上の発展をもたらしやすい、あるいは同一の法的起源(legal origin)の諸国から法を移植したかどうかを経済発展にとって重要である、と判明した場合に、たとえばコモン・ローにシフトするように勧める(法的分類学は、有益な規範的教訓[normative lessons]を提供できる)ことである<sup>261)</sup>。ジームスのテキストブックには、法族論を比較法学(マクロの比較)の中核に据える「世界の主要法体系論」に対する懐疑もうかがわれる。

(2)「マクロの比較」といっても、①単独の外国法の記述、②世界のリーガル・マップを描く法族論(世界の主要法体系論)、③複数の法システムないし法域の包括的・総合的な比較(いわば、狭義のマクロの比較)を区別する必要がある。③の実例は多くはないが、本稿で紹介したランドマークの著作(前出3(7)参照)や、シュテュルナー／マレー共著『ドイツの民事司法』を挙げることができる<sup>262)</sup>。

②の意味での法族論の存在意義としては、まず第1に、比較法史の歴史叙述において活用できるであろう。すなわち、法族論は、法が伝播した継受過程を照射する機能を有し、「法遺伝学」として発展させることが可能である<sup>263)</sup>。別稿で詳細に検討したヴァン・カネヘムの『ヨーロッパ民事訴訟の歴史』がその好例である<sup>264)</sup>。

法族論の第2の存在意義としては、グローバルな視座を採用することによって、法システムの差異・多様性を把握し、ハーモナイゼーションの共通要素を抽出することが可能となり、法的寛容を育む。ただし、比較の対象を選択する際に、各法族を代表する法秩序を選択すれば足りる(かえってその方が比較研究を容易ならしめる)とする見解は、根拠に乏しい母法中心主義をまねく危険が

261) Siems, Id., at 5-6.

262) Murray/Stürner, German Civil Justice (2004).

263) 「法遺伝学」という表現は、前注4)参照。比較訴訟法の継受過程照射機能については、貝瀬・比較訴訟法学の精神(1996年)235頁。

264) 貝瀬「歴史叙述としての民事訴訟(1)・(2)——ヴァン・カネヘム『ヨーロッパ民事訴訟の歴史』を中心に——」立教法務研究6・7号(2013-2014年)。

ある。混合法システムの重要性を認識せしめるのが現代法族論の中核的機能であらう<sup>265)</sup>。

法族論の第3の存在意義として、ミクロの比較の前提としての情報を取得することに役立つ場合がある。特定のエリア（の特定の制度）が比較の対象に選ばれる理由としては、①'法の継受における母法国であるかどうか、②'各国における法学の発達の度合い（これは外部から法システムを認識する際の難易に影響する）、③'共通する問題の処理機能の先端性・普遍的優秀性が認められるかどうかを挙げることができるが、法族論は、①'および②'について概括的知識を提供できよう。

(3) 本稿の3・4・5で得られた知見を整理してみよう。まず、シヴィル・ローとコモン・ローという伝統的二分法について、マッティは「専門家的法の支配」、フサは「普及力ある西洋法」、ヴァン・フックは「西洋法文化」というグループで一括している<sup>266)</sup>。エリュージュの樹系図論においては、これらの法族は各混合システムの構成要素とされるにとどまる（ジームスの比較法のテキストブックもこれに近い）<sup>267)</sup>。ランドマークは、狭義のマクロの比較を実行すれば、伝統的法族論では対応しきれない類似性や差異が認められるとする<sup>268)</sup>。しかるに、グレンの法伝統論は、シヴィル・ロー伝統とコモン・ロー伝統を区別しており、その上位概念として「西洋法伝統」を構想することには消極的である<sup>269)</sup>。こうした二分法を前提とする古典的法族論——といっても、それが確立したのは1960年代である<sup>270)</sup>——の変容をもたらした原因は、マッティが指摘するように、世界のリーガル・マップが大きく変化し、従来の「ラディカルに異なる法観念」を比較法のメインストリームに組み込み、法的知識を伝達

265) 前注1)・6) 参照。

266) マッティは前注66)、フサは前注77)・78)と同所に掲げられた「表」、ヴァン・フックは前注85)・89)。

267) ジームスは前注170)、エリュージュは前注245)に続くAnnexの「図」を参照。

268) 前注148) 参照。

269) 前注117)のジョン・ベルによるコメントと、貝瀬「手続的ユス・コムーネの再生」伊藤眞先生古稀祝賀論文集所収を参照。

270) 前注60) 参照。

するための共通の法的文法を新たに提供する必要が生じたことであろう<sup>271)</sup>。元来コモン・ロー族は植民地化を通じたイングランド法の伝播によって形成され(すでに紹介したグラツィアデイの法継受論中の「コモン・ローの伝播」の項を参照<sup>272)</sup>), シヴィル・ロー族はユス・コムーネと法典化を基礎とするものであるから、歴史的類型型としては両法族が存在したといえるかもしれないが、法の移植・継受を通してひろく混合法システムが形成されたことから(エリュージュの混合法論に付されたリストを参照<sup>273)</sup>), 現在ではシヴィル・ローとコモン・ローは混合法システムの構成要素にすぎず、法の継受過程および継受後の変容(国有法との調整や継受の競合による)の比較研究がむしろ重要である(コルデロの概観が貴重である)<sup>274)</sup>。イングランドとヨーロッパ大陸諸国は、いずれも、法と政治の明確な区別、リーガル・プロセスの大幅な世俗化(以上はマッティの挙げる基準),あるいは法の支配,憲法上の人権,独自の専門化したリーガル・プロフェッションを中核とする西洋法文化(フサ)を共有するので(ジームスはさらに「実定的・理性的な法」をファクターに加える)<sup>275)</sup>,あわせて西洋法文化・西洋法体系を構成すると考えるべきである。日本法の位置づけについて、マッティは、伝統的法の支配のパタンが第1順位にあるとし、ヴァン・フックはアジア法文化族内に位置づけ、エリュージュは混合システムの中の複雑な混合の1類型(シヴィル・ローと慣習法の混合)であるとするが、ジームスは日本での見聞を踏まえて「現代ヨーロッパ法文化」に属するとしている<sup>276)</sup>。日本法はマッティ、フサ、ジームスの掲げるファクターをすべて充足しており、伝統的法・慣習法の支配は大きく後退しているのであるから、変容した西洋法体系ないし混合法システムの1つと評価すべきであろう<sup>277)</sup>。調停などの裁判

271) マッティの見解は、前注 61)・62)。

272) 前注 183) 参照。

273) 前注 245) に続いて掲載された Annex の図表を参照されたい。

274) コルデロの論稿は本稿 4(3)(前注 193)以下)で詳しく紹介した。

275) マッティについては前注 66), フサについては前注 78), ジームスについては前注 172)を参照。西洋法体系の構想は、五十嵐・前注 1) 190-192 頁および前注 60)(ルネ・ダヴィッドの旧説)参照。

276) マッティは前注 72), ヴァン・フックは前注 89), エリュージュは前注 245)に続く Annex の図表中の「2. 複雑な混合」第3タイプ, ジームスは前注 177) 参照。

外処理制度が発達していることは特異な法文化とはいえず（イングランドのアン・ドリュースの代表的体系書では調停・仲裁を独立の巻として扱う。ドイツにおける調停法の制定<sup>278)</sup>）、法秩序の造形者としての法務官僚の役割、司法組織の強固な官僚統制が日本の法文化における独自の要素といえようか<sup>279)</sup>。

イスラーム、インド、中国は、「伝統的法の支配」（マッティ）、「普及力のある非西洋」（フサ。ただし、アジアは除く）、「法または宗教による支配・統治」（ジームス）、「アジア法文化およびイスラーム法文化」（ヴァン・フック）に分類され<sup>280)</sup>、ロシア等の旧社会主義法族、ラテン・アメリカ、アフリカは、「政治的法の支配」（マッティ）、「衰退しつつある西洋法（旧社会主義法）・非西洋法」（フサ）、「移行中の脆弱な法」（ジームス）に分類されている<sup>281)</sup>。巨視的な分類枠組みはほぼ共通の方向に進みつつあり、その中で混合の度合いに応じてさらにエリュージューのリストのように区分することが考えられるであろう。これまで検討してきた、修正された法族論と混合法システムの多元的理論とを調和させるのかどうかは議論の余地があるが、エリュージューが提唱するようにすべての法システムが実質的には混合であることを端的に認め、そのリストにみられる構成要素と混合による変容プロセスの分析をさらに進めるアプローチは、いかなる構成要素が優越しているかによって大法族に再分類することと両立できよう。たとえば、西洋法文化そのものが「隠れた混合」にほかならず、日本法は西洋法文化あるいはそれが優越した「（明白かつ）複雑な混合」であるとひとまず位置づけることが可能であろう。エリュージューは、グレンの法伝統論

277) 大木・前注2) 165頁は、①西洋法圏、②コモン・ロー法圏、③脱社会主義途上法圏、④宗教的・哲学的共生法に4分し、西洋法を継受した日本法は①に属すると説く。日本法を混合法と位置づけるのが、藤岡康宏・法の国際化と民法（2012年）の第5部「混合法としての民法」（とくに同書205頁以下）および前注213)の松本論文206頁以下。

278) Andrews on Civil Processes, Vol. I : Court Proceedings, Vol. II : Arbitration & Mediation (2013). 同書の書評として、Caponi, 33 C. J. Q. 351 (2014). ドイツ調停法については、Thole, Das neue Mediationsgesetz, 127 ZJP. 339 (2014).

279) 滝沢・前注1) 116頁。瀬木比呂志・絶望の裁判所（2014年）83頁以下。

280) マッティは前注72), フサは前注77) に続く「表」と前注79), ジームスは前注177), ヴァン・フックは前注89) を参照。

281) マッティは、前注67)-69), フサは前注77) に続く「表」、ジームスは前注177) を参照。

と自らの樹系図論との親和性を説くが、この立場からすれば日本法は複数の法伝統の「混合」ととらえれば足り、それ以上の分類にこだわる必要はないことになる。五十嵐清は、「グレンの法伝統論によれば、日本法伝統は、固有(シヨニック)法伝統と中国法伝統によってその基礎が築かれ、明治以後、大陸法伝統が日本の法の近代化に貢献し、第二次大戦後は英米法伝統の影響も受けるようになった、として説明される。それ以上に、現在の日本法がどの法系に属するか、という議論は不要ではなかろうか」<sup>281-a)</sup>と分析している。

(4) 世界のリーガル・マップを静態的・網羅的に描くところみが行きづまると、多様な法伝統が共存するとして、法伝統の網羅的記述を最初から放棄するとともに、固有法、タルムード法、イスラーム法、ヒンドゥー法などを西欧法とほぼ同等の比重で描くパトリック・グレンの法伝統論が登場する。法伝統を情報のネットワークとして把えるグレンの立論は、ジョン・ベルが批判するように、伝統を発展させるファクターを十分に論じておらず(ベルは、ヴァン・カネヘムに倣って、法名望家集団間の影響のバランスが発展原因である、と指摘する)、法概念の理解が狭きにすぎるといえよう<sup>282)</sup>。グレンの業績から学ぶべきは、伝統的法族論のヨーロッパ中心主義を批判し、複雑な大法伝統は相互排他的ではなく、多様なサブ法伝統の正当性を認める多価的思考方法を採用し、他の複雑な法伝統に調和の基盤を提供すると説いて、法伝統の調和、法における持続可能な多様性を指摘したことであろう<sup>283)</sup>。五十嵐清は、「法伝統論は、むしろメリマンの提唱する定義の線で、発展するのではなかろうか。となると、一方では、法系論はなお相当期間、命脈を保ち、他方、グレンの力説にもかかわらず、法伝統と法文化のあいだには、あいまいな関係が残るのではないか。そして、グレンの『世界の法伝統』は、法文化論の傑作として残るのではないかと予想される」(傍点筆者)と評価する<sup>284)</sup>。また、フサの分析によれば、グレンの法伝統論は、ハンガリーのヴァルガに代表される法文化論と根本的に異な

281-a) 五十嵐・前注100) 93頁。

282) ジョン・ベルの論評は、前注120)-122) 参照。

283) 前注108)-110) 参照。

284) 五十嵐・前注100) 92頁。

らず、ただ法伝統間の調和の探求を含める点で前者が秀れている、とされるのである。いずれの理論も法的多元主義<sup>リーガル・pluralism</sup>と親和的なものである<sup>285)</sup>。グレンは、分類のためのいかなるシステムも恣意的であるとして、世界の諸法を個別に比較する方がより科学的・前進的なプロセスであり、法伝統の非実定的性質は世界における法規範の動向に適合していることから、このプロセスと両立する、と論ずる<sup>286)</sup>。重要なのは狭義のマクロの比較なのである。

(5) 狭義のマクロの比較の実例として、本稿ではルネ・ダヴィッドの古典『イギリス法とフランス法』(1980年)に簡単に言及するとともに、複眼的比較をこころみたランドマークの力作をとくに詳細に検討した<sup>287)</sup>。ランドマークは法伝統および法文化を比較するアプローチを採用し、法的関与者および制度とともに、法システムの哲学的・構造的・方法論的要素を検証する<sup>288)</sup>。すなわち、まず比較法言語学・比較法理学の英米、ドイツ、スウェーデンにおける状況を説明したうえで、①法的関与者としての弁護士・裁判官・素人裁判官と陪審(さらには、法学者と法務官僚も視野に容れる必要があろう)、②法的推論<sup>リーガル・リーズニング</sup>、制定法とその解釈、判例(先例)からなる「法的ルール」を先の4ヶ国について比較検討する(各国における歴史と法学者に対するアンケートとを踏まえた分析である)。比較法理学の章では、「各法域の平均的法律家の哲学的プロフィール」の把握が目標となり、法の自律性・自己完結性・適用される法の決定可能性・法的確実性・法と道徳との関係をめぐって複眼的比較が行われる<sup>289)</sup>。また、ヴァン・フックは、既述のように世界を4大法文化族に分け、同一大法文化族内での比較は、①法観念、②法源論、③法学方法論、④論証の理論、⑤法の正当性の理論、⑥共通の基本的イデオロギー(社会における法と法律家の役割を含む)の6つのパラダイムに即して行われ、異なる大法文化族に属する法システム間の横断的比較には、社会における法の現実の役割と機能に着目した人類学的・社会学的パースペクティブが必要であるとする<sup>290)</sup>。ヴァン・フック

285) 前注124) 参照。

286) 前注106) 参照。

287) 本稿2(4)および3(7)参照。

288) 前注144) 参照。

289) 前注153)-159) 参照。



の掲げる「パラダイム」は、ランドマークの指摘する項目と概ね重複しており、法文化横断的比較の場合にも、まずは両者の提言に従って比較をこころみ、法的多元主義を前提としたグローバル比較法論<sup>291)</sup>の成果を取り入れた人類学的・社会的アプローチを併用して、法の「制度的背景」(ジョン・ベル)<sup>292)</sup>や深層を探究することが可能ではなかろうか。グローバル化<sup>リーガル・pluralism</sup>に対処するために、法的多元主義を自然法、法実証主義、社会法学的(socio-legal)アプローチを超える第4の統合的・理論的アプローチとして比較法学の主流に位置づけようとする、メンスキー(Werner Menski)の大作『グローバル・コンテクストにおける比較法』第2版(2006年)(ヒンドゥー法、イスラーム法、アフリカ法、中国法を比較の対象とする)につき、今日のヨーロッパそれ自体が多くの法文化的課題と内部的緊張とをかかえた多文化的・多人種の複合体であるから、メンスキーの方法論的アプローチはヨーロッパにとってもきわめて重要であると評されているのである(フサによる同書の書評論文)<sup>293)</sup>。なお、ジームスはその著書『比較法』の「ポストモダン比較法」と題した章の中で「法的多元主義としての法」を採り上げ、「法秩序ないし個々のルールは、古くからの伝統、宗教、人民の意思、国家間の合意のような多様な正当性の根拠にもとづきうる(rooted in different sources of legitimacy)。そのような法の諸形式が同一の社会のフィールド内に共存することを、一般に『法的多元主義』と呼ぶ」という説明が代表的なものであるとし、それゆえ法的多元主義は国家のみが法を創造できるとする見解を斥ける、と論ずるにとどまり<sup>294)</sup>、同書の「グローバル比較法」の章では法的多元主義を正面から検討してはいない。「グローバル比較法」といってもその内容についていまだ共通の了解が成立しているとは言い難い状況である。しかしながら、パーマーが提唱するように、法的多元主義を前提に、

290) 前注84)・85)・86)・90) 参照。

291) Werner Menski, *Comparative Law in a Global Context* (2nd ed., 2006).

292) 前注97) 参照。

293) Husa, *Global Comparative Law—Right Cure for the Wrong Disease?*, 13 *Tilburg Foreign Law Review* 393, at 411-412 (2007). Rahmatian, *Book Review*, 57 *ICLQ* 475 (2008) も同書の書評である。

294) Siems, *supra* note 170, at 107, 189ff. (“Comparative Law”).



混合法システムの再分類が今後の法族論の中心的課題となるであろう<sup>295)</sup>。グラツィアデイやコルデロの法継受・法移植の比較法を踏まえた混合法システムの形成と移植後の変容を分析することが必要となる<sup>296)</sup>。杉山直治郎が提唱した普遍比較法学<sup>297)</sup>と、こうした法的多元主義とは相容れないのであろうか。ヴァルガに代表される比較法文化論は、グレンの法伝統論とともに、法的多元主義に馴染むものであり、グレンは世界の法伝統の交流・調和・共存を説く<sup>298)</sup>。そしてまた、グレンの法伝統論は「国民国家」が実体を欠くロマンティックな理念にすぎず、すべての国家はコスモポリタンのであって、国家の法もコスモポリタンのであるとする「コスモポリタン国家論」へと発展してゆく<sup>299)</sup>。すなわち、法的多元主義、比較法文化論、法伝統論は、コスモポリタン法・普遍法の探求を排除するものではないのである（ちなみに、比較法文化論を構想した野田良之は、異種の法文化間の比較を可能にするために、「根元法」の観念を生み出した<sup>300)</sup>）。しかるに、個別の法制度を対象とするミクロの比較の場合には、その機能の先端性・普遍的優秀性がまず要求され、機能的アプローチが中心となるため、法族論は何よりも法システム選択の目安として利用されるであろう。法の差異・多様性を把握して異文化の法への寛容さを育む（「平和の比較法」<sup>301)</sup>）というよりも、法比較、ソフト・ローの形成を通じた法のハーモナイゼーションないし近接化が要求されるのである<sup>302)</sup>。比較の目的に応じて比較方法の柔軟な選択が認められてよい（ミカエルズのいう方法論的多元主義<sup>303)</sup>）。

---

295) 前注 258) 参照。

296) とくに前注 184) および前注 212) 参照。

297) 貝瀬・普遍比較法学の復権 (2008 年) 189 頁以下。

298) 前注 124) 参照。

299) Glenn, *The Cosmopolitan State* (2013), vii-viii.

300) 野田良之「比較法の基礎としての法の『元型』を尋ねて」学習院大学法学部研究年報 18 (1983 年) 1 頁以下。

301) 貝瀬・前注 297) 214 頁以下。

302) ミクロの比較における法族論の価値を論じた Husa, *Legal Families in Comparative Law—Are They of Any Real Use?* (RETFÆRD Nr. 95, 2001) は、次のようにいう。「ミクロ比較法学者にとって、法族から得る利益は限られている。比較法ないし外国法の研究プロセスが深化するにつれて、法族の補助的役割の重要性は減少する。それどころか、個別の制定法ないし制度の研究すなわち機能的比較において、法族の役割はまったく重要性に乏しい。おそらく、個々の法族の果す現実の役割がもっとも重要となりうるのは、外国法に初めて接し、その概観——高所と外部からの鳥観——を得ようとする比較の最初の段階であろう。同じく、自己の文化圏の境界を脱出する比較法学者は最大の利益を得る可能性が高い。たとえば、北欧の比較法学者は、北欧法系の法規や制度を比較研究しようとする場合には、法族の分類に依存することで得る知識はあまり多くはない。アジアやアフリカの比較法学者にとっては、明らかに状況は大きく異なり、『事前の理解』(pre-understanding) の必要はいっそう急を要するであろう」(Husa, Id., at 23)。「比較法を探究のプロセスとして理解するならば、比較は、一種の不断のらせん状の進行過程である (spiral in endless motion)。研究対象である <sup>ナショナル</sup>国内の解決は、それを法族全体と調和させ (proportioning)、再び細部に戻ることによって、解釈と説明がなされるのである。こうしたヘルメノイティックならせん形ないし円環を用いる場合に、マクロ比較法において構築された法族は、ミクロの比較においてさえも一定の方法論的な役割を有するのである。比較法を多くのレヴェルを含む探究のプロセス (research-process) ととらえることは、学問としての比較法の統一性という理念を擁護することでもある。しかしながら、比較法をらせん状のものとして理解することは、一方通行ではあるまい。失敗や誤解のために、比較法学者は時としてミクロのレヴェルから撤退し、その問題をさらに遠くから、法族のマクロのレヴェルから研究しなければならない。そのように抽象のより高いレヴェルに戻ることは、少なくとも、比較法学者が類似点と相違点とを把握し、その理由を発見しようとする段階で必要となろう。相違点と類似点の研究は、それらが存在する理由を説明しようすることとともに、比較法の主要な課題である。ミクロの比較法学者も、法族の研究およびその結果としての法族の分類から利益を受けるのは、まさにこの中心的課題においてなのである」(Id., at 24)。

303) 貝瀬「比較法学者たちの饗宴(2)」立教法務研究 5 号 (2012 年) 138 頁。